LEGES PERFECTAE
MINUS QUAM PERFECTAE
ET IMPERFECTAE

PAR

FÉLIX SENN

DOCTEUR EN DROIT
LICENCIÉ D'HISTOIRE
ÉLÈVE DE L'ÉCOLE DES HAUTES-ÉTUDES

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1902

LEGES PERFECTAE

MINUS QUAM PERFECTAE

ET IMPERFECTAE

dont la sanction, consistant dans une nullité *ipso jure*, provient ou de l'application de règles déjà en vigueur dans d'autres institutions, ou de l'impossibilité de concevoir un autre procédé capable d'atteindre le but proposé. La loi Furia *de sponsu*, quant à son chef du *biennium*, et la loi Voconia édictent toutes deux la nullité, au cas d'inobservation de leurs prescriptions, l'une à l'instar des règles particulières de la *satisdatio secundum mancipium*, l'autre en vue d'assurer, par la dévolution ab intestat, le maintien des intérêts agnatiques (1).

Au contraire, après la loi Aebutia, toutes les nouvelles lois sont *perfectae*. Et celles mêmes, qui n'avaient pas revêtu ce caractère, voient dans l'exception, accordée par le préteur, le moyen d'en emprunter le principal avantage : en faisant insérer dans la formule du demandeur une exception, le défendeur pourra se dispenser de payer ce qui lui est réclamé en violation de la loi.

En présence de ces faits, dont la certitude nous sera acquise au cours de notre étude, il s'agit de déterminer l'influence exercée sur la sanction des lois romaines par l'introduction de la procédure formulaire. Cette influence a sans contredit pour point de départ les nouveaux pouvoirs accordés au préteur par la loi Aebutia. Dès que le magistrat put *denegare actionem*, dès qu'il put insérer une exception pour dispenser le défendeur, poursuivi en violation de la loi, de payer, la théorie de la nullité des actes illégaux était née et devait bientôt seule subsister. Sans doute la *denegatio actionis* et l'*exceptio* ne sont pas les seuls instruments de procédure, par lesquels on peut opposer la nullité. Mais dès qu'elles purent fonctionner, il se

(1) Cf. ci-après chap. IV, pour les lois Furia et Voconia.

trouva quelque chose de changé dans le caractère jusqu'alors reconnu aux lois.

Au temps des *legis actiones*, la loi n'apparaît que comme une disposition exceptionnelle, motivée par le nouvel état des mœurs, mais ne détruisant pas les règles juridiques primordiales, trop fortement établies. Recevoir librement une donation, sans nulle autre contrainte que le respect du formalisme ; recueillir le legs d'une somme d'argent résultant de la *damnatio* du testateur ; exiger l'exécution d'un engagement, qu'il vienne d'un *sponsor*, d'un *fidepromissor* ou d'un mineur de vingt-cinq ans : telle est la règle générale, consacrée par de longs siècles. L'application de la loi nouvelle, à une époque où la *denegatio actionis* n'existe pas, suppose l'application préalable des principes généraux. La règle et son exception s'appliquent successivement : elles ne fusionnent pas. Ce ne sera qu'une fois les principes généraux appliqués, que la victime de l'acte illégal pourra agir. Le donateur réclamera la donation prohibée en invoquant la loi Cincia. L'héritier exigera du légataire, en vertu de la loi Furia *testamentaria*, la restitution de la somme supérieure à mille as, montant légal du legs. Le *sponsor* ou le *fidepromissor* d'Italie agira par la *manus injectio pro judicato*, donnée par la loi Furia *de sponsu*, en restitution de la somme dépassant sa part virile, qu'il a dû payer. Le mineur de vingt-cinq ans, protégé par la loi Plaetoria, répétera ce qu'il a payé à la suite de manœuvres dolosives. Et ce sont ces *leges*, qui ne peuvent, par suite de leur caractère exceptionnel, déclarer nuls les actes faits en violation de la loi, qui seront dénommées ou bien *leges imperfectae*, ou bien *leges minus quam perfectae*, selon qu'elles seront munies ou non d'une *poena*, c'est-à-dire, selon qu'elles auront pour objet la restitution du

simple ou d'un multiple de ce qui a été perçu illégalement (1).

Ce n'est qu'avec la procédure formulaire et les nouveaux pouvoirs accordés au magistrat par la loi Aebutia, que la nullité apparaît désormais comme la sanction normale des lois. Le fait par le préteur de refuser une action au demandeur constitue, à coup sûr, le triomphe définitif des prescriptions nouvellement édictées, sur les règles juridiques primordiales. Et la division des lois, donnée par Ulpien, ne devait même plus être prise en considération dès avant Théodose, qui reconnut à toute loi le caractère de la *lex perfecta*.

Cette évolution nous donne le plan naturel de notre étude. Après avoir recherché, si la loi des XII Tables, par quelqu'une de ses dispositions, peut rentrer dans la division de nos lois (chap. I) ; nous étudierons successivement les domaines : de la *lex imperfecta* (chap. II) ; de la *lex minus quam perfecta* (chap. III), et de la *lex perfecta*, la dernière venue en date (chap. IV).

(1) On ne saurait prétendre, à notre avis, comme l'a fait M. Huvelin (*Les Tablettes magiques et le droit romain* dans *Annales internat. d'hist.*, 1902, 2e sect., p. 31, n. 1), que le système des *leges imperfectae* et *minus quam perfectae* s'opposant aux *leges perfectae* ne s'explique que si l'on attribue aux premières au moins une valeur religieuse, c'est-à-dire si on les regarde comme des *devotiones* sanctionnées par la *consecratio capitis*. M. Huvelin ne tient pas compte de ce que la division de nos lois ne s'adresse qu'aux lois prohibitives, lorsqu'il déclare que c'est sans doute à titre de *leges imperfectae*, et avec une sanction purement religieuse, que les plébiscites ont été rendus obligatoires à tous les membres de la cité. D'autre part, l'auteur se trompe, selon nous, sur la nature exacte de la *lex imperfecta*, lorsqu'il exprime cette idée que, s'il existe encore après la loi Hortensia des plébiscites qui sont des *leges imperfectae* (la loi Cincia par exemple), c'est sans doute qu'ils ne satisfont pas aux conditions établies pour qu'un plébiscite ait force législative, et qu'ils représentent ainsi des survivances du type originaire.

CHAPITRE PREMIER

LA LOI DES XII TABLES (1).

Parmi les fragments des XII Tables, que nous possédons, nous ne rencontrons qu'une seule disposition prohibitive, pouvant faire rentrer la loi dans la division des *leges*, donnée par Ulpien. C'est la disposition, relative à l'usure (2), qui nous est seulement connue par deux passages, l'un de Caton et l'autre de Tacite (3). Avec sa *poena*, portée

(1) L'authenticité des XII Tables a été mise en doute récemment par M. Pais, *Storia di Roma*, 1898-99, 1, pp. 550-605 ; 2, pp. 546-570,631-635, suivi et complété par M. Lambert, *N. R. hist.*, 1902, pp. 147-200. La réfutation qui vient d'être faite de cette théorie par M. P. F. Girard (*N. R. hist.*, 1902, p. 381 et ss.), nous semble décisive.

(2) Bibliographie. — Niebuhr, *Hist. rom.*, tr. fr., 1830, 4, p. 394. 5, p. 73 et s. ; Huschke, *Recht des Nexum*, 1846, p. 119 et s. ; Karlowa, *Der. röm. Civilprozess. zur Zeit der Legisaktionen*, Berlin, 1872, p. 195 et s.; Voigt, *XII Tafeln*, 1883, 2, p. 182 et s. ; Puchta, *Institutionen*, 1893, 10e éd., 2, § 261 ; Daremberg et Saglio, *Dict. des antiq.*, V° *Fœnus*, art. de M. F. Baudry ; Mommsen, *Röm. Strafrecht*, 1899, p. 849 et s.

(3) Cato, *De re rustica*, *Praef.* (éd. Keil, p. 10) : *Majores nostri sic habuerunt, et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. quanto peiorem civem existimarint feneratorem quam furem, hinc licet existimare.* Tacite, *Ann.*, 6, 16 : *Nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario fenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur.* — Il est vrai qu'un texte de Tite-Live, 7, 16, semble rapporter cette première atteinte à la liberté du prêt à intérêt à une loi Duilia Moenia de l'an 397/357. Mais ce texte peut être facilement concilié avec les deux autres. Il est très vraisemblable qu'à la suite des troubles profonds survenus dans l'histoire de Rome après la confection des XII Tables, notamment de la prise de Rome par les Gaulois, la disposition relative à l'usure ait sommeillé ; et qu'en présence de sa non-application et des nouveaux abus de la liberté, la loi Duilia Moenia ait ramené les prêteurs à l'observance de l'*unciarium faenus*. En ce sens, Puchta,

contre le *faenerator*, elle revêt sans nul doute le caractère de la *lex minus quam perfecta.*

Caton, *De re rustica*, *Praef.*, mentionne : *Majores... in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, faeneratorem quadrupli.* Il résulte de ce texte qu'une peine du quadruple était portée contre tout prêteur usuraire, c'est-à-dire, au temps des XII Tables, contre celui qui avait demandé un intérêt supérieur à l'*unciarium faenus* (1). Cette peine est une peine privée, et non publique (2). Mais la nature de

Institutionen, 2, p. 312. D'après Huschke, *Nexum*, p. 121, elle aurait puni l'usure d'une amende édilicienne plus efficace que la peine portée par les XII Tables. D'après Niebuhr, *Hist. rom.*, tr. fr., 4, p. 395. 5, p. 73, suivi par M. Cuq, *Inst. jur.*, 1, p. 379, elle ne fit que rétablir l'*unciarium faenus*, probablement supprimé après l'invasion gauloise, en vue de faire affluer les capitaux à Rome.

(1) On a discuté longtemps sur le point de savoir ce qu'était l'*unciarium faenus*. Selon l'opinion qui nous semble devoir l'emporter, il représenterait le 1/12 du capital, 8,33 0/0 par an. Girard, *Manuel*, p. 511, n. 1. Sur les diverses opinions proposées, cf. Daremberg et Saglio, *l. c.*, V° *Foenus*.

(2) Outre cette peine privée des XII Tables, des textes littéraires nous renseignent sur l'intervention des édiles dans la répression de l'usure, à partir d'une certaine époque, postérieure seulement de quelques années à la création de cette magistrature. Girard, *Organis. judiciaire des Romains*, 1901, 1, p. 243 et s. Des amendes furent prononcées : en 410, par les édiles sans spécification de leur qualité (Tite-Live, 7, 28) ; en 450, par l'édile curule Cn. Flavius (Pline, *Hist. nat.*, 33, 1, 19) ; en 458, par les édiles curules (Tite-Live, 10, 23) ; en 562, par les édiles curules (Tite-Live, 35, 41). Il est à remarquer que ces interventions eurent toujours lieu à des époques troublées, où la répression de l'usure apparaît avant tout comme une satisfaction donnée au peuple. En 410, on nomma un dictateur et l'année précédente avait vu une révolte des Arunces : la répression de l'usure fut rigoureuse. Tite-Live, 7, 28. Cf. aussi, Tite-Live, 10, 23 ; 35, 41. Ces *multae rogatae* donnaient lieu à *provocatio* : elles étaient soumises ou bien aux comices par tribus, quand elles émanaient des édiles curules, ou bien au *concilium plebis*, quand elles émanaient des édiles de la plèbe. Ces pouvoirs des édiles en matière d'usure semblent résulter, pour M. Girard, *l. c.*, p. 251, n. 3, soit de leur droit de surveillance du commerce public (en ce sens, Mommsen, 4, pp. 194-200), soit de leur autorité sur le marché où se sont trouvées les premières boutiques des banquiers (*tabernae argentariae* : Varron, chez Nonius, p. 532 ;

la *legis actio*, intentée pour le recouvrement de son montant, est vivement controversée. Selon M. Voigt (1), on dut exercer en pareil cas la *legis actio per judicis postulationem*. M. Karlowa (2) pense au contraire qu'on donna au débi-

Tite-Live, 26, 27) et auquel est toujours resté lié le commerce d'argent. C'est cette seconde conjecture qui nous semble devoir être adoptée. Elle se trouve d'ailleurs confirmée par un texte de Plaute. Dans le *Curculio*, où il est parlé de l'usure et des lois qui ont tenté en vain de la réprimer, il est dit que c'est sous les vieilles échopes (*sub veteribus*, sous-entendu *tabernis*) que se tiennent ceux qui prêtent et qui empruntent à usure : *Curculio*, 4, 1, 19. Cf. aussi, *l. c.*, 4, 2, 22 et s. (Jordan, *Die Parabase im Curculio*, dans *Hermes*, 15, 1880, p. 129 et s.) Ce n'est d'ailleurs vraisemblablement que contre les banquiers que s'exerça le pouvoir des édiles. Non seulement cette conjecture répond parfaitement aux fonctions de la magistrature ; mais elle explique que ce ne fut qu'aux époques d'émotion populaire que les édiles intervinrent pour punir les banquiers usuriers, désignés par la rumeur publique. Seule, à notre avis, la loi des XII Tables donnait aux citoyens un moyen d'atteindre les particuliers, autres que les banquiers, qui pratiquaient l'usure. Et, tandis que la *poena quadrupli* des XII Tables était acquise à la victime de l'usure, la *multa* infligée par l'édile nous paraît être tout profit pour l'Etat. En ce sens, Tite-Live, 35, 41.

(1) Voigt, *XII Tafeln*, 2, p. 183, qui donne l'essai de rédaction suivante : *Quam ob rem te mihi octingentorum quadruplum dare oportet.*

(2) Karlowa, *Röm. Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen*, p. 197. Cette opinion a été émise principalement dans le but d'expliquer l'apparition de la *manus injectio pura*, comme sanction de la loi Marcia *de usuris*. D'après M. Karlowa, le quadruple des XII Tables ne consisterait que dans le double des intérêts usuraires, perçus eux-mêmes au double. Le mode de prêt seul connu à l'époque des XII Tables étant le *nexum*, c'est par la *manus injectio* que l'usurier demandait au débiteur le paiement des intérêts usuraires. Le *nexus* appelait à son secours un *vindex* qui, considéré comme étant intervenu à tort en voulant empêcher les effets de la *damnatio*, devait payer à l'usurier le double des intérêts usuraires exigés par lui. Or c'est ce double qui serait réclamé par une *manus injectio* au *faenerator*, dont le *vindex*, considéré comme étant intervenu à tort en voulant empêcher l'application de la disposition relative à l'usure, devait lui-même payer le double : ce qui expliquerait le quadruple, dont parle Caton. Mais admettre cette opinion serait imputer au célèbre censeur une grave erreur, inconcevable de la part d'un homme instruit, vivant à une époque où les XII Tables étaient présentes à tous les esprits. Au lieu d'opposer le *fur nec manifestus* et le *faenerator*, eu égard au montant de la peine, il les eût assimilés.

teur lésé, pour recouvrer le quadruple des intérêts usuraires payés par lui, la *legis actio per manus injectionem.*

Ces explications proposées ne sont que de simples conjectures, qui ne semblent pas devoir résister à l'examen du texte de Caton, le seul que nous ayons en notre matière. Caton rapproche le *faenerator* du voleur. Et les termes qu'il emploie semblent prouver que, non seulement de son temps, mais même dès les XII Tables, l'usure était considérée comme un vol. Comme le vol, elle entraînait une peine, même une peine plus forte, puisque le *fur nec manifestus* était puni de la peine du double et le *faenerator* l'était de celle du quadruple. Il est donc vraisemblable, si l'on veut poursuivre la comparaison, que, comme le voleur, l'usurier était poursuivi par la *legis actio per sacramentum in personam*. Cette solution semble convenir, mieux que toute autre, à notre matière, où l'emploi de la *manus injectio*, eu égard à sa *poena temere litigantium*, élèverait souvent à un chiffre exorbitant le montant de la peine infligée à l'usurier.

Il y a lieu aussi de se demander si la *poena quadrupli* est infligée à tout citoyen qui aura demandé et reçu de son débiteur un intérêt plus élevé que l'*unciarium faenus*, ou seulement, comme le voudra plus tard la loi Marcia, à celui qui aura exigé par une poursuite judiciaire le paiement des intérêts usuraires. Il semble plus conforme à l'esprit de la loi des XII Tables, que la simple réception d'intérêts usuraires, en dehors de toute poursuite judiciaire, entraîne l'application de la *poena quadrupli*. Dans le cas de répression de l'usure, comme en cas de *furtum nec manifestum* (1), si les XII Tables réparent le dommage

(1) Il est possible qu'au cas de *furtum*, *l'actio furti* ait servi à la fois à

résultant du délit, elles veulent avant tout punir. Le caractère pénal fortement accentué de l'action en efface le caractère réipersécutoire, dirons-nous en employant une terminologie récente. C'est au contraire ce caractère réipersécutoire qui seul apparaîtra dans les *leges minus quam perfectae*, que nous étudierons dans la suite : la *poena* n'y consistera que dans la *poena temere litigantis*, qui se rattache non au fond du droit, mais à la forme de la *legis actio* exercée.

En résumé, la loi des XII Tables s'attaque au fait d'usure, comme elle s'attaque d'autre part au fait de vol. Qu'il y ait ou non une promesse faite par le débiteur de payer des intérêts usuraires, elle atteint tout créancier qui a reçu plus que l'*unciarium faenus*. Recevoir un intérêt plus élevé constitue le délit d'usure, réprimé par l'exercice d'une *legis actio*, vraisemblablement de la *legis actio per sacramentum*, destinée à faire recouvrer une *poena quadrupli* (1).

satisfaire le besoin de vengeance et à réparer le dommage résultant du vol : les mots *damnum pro fure decidere*, qui se trouvent dans la formule sont en faveur de cette idée. Girard, *Manuel*, p. 406. — Cependant l'*actio furti* fut toujours considérée comme une action pénale, tandis que la *condictio furtiva*, qui fut donnée dans la suite, était une action réipersécutoire

(1) Rudorff, sous Puchta, *Institutionen*, 2, p. 311, n. g., déclare que la loi des XII Tables, selon Caton, serait une *lex minus quam perfecta*, si toutefois la peine du quadruple ne doit pas se rapporter à la loi Marcia.

CHAPITRE II

DÉFENSE SOUS FORME D'ACTION EN RÉPÉTITION DU SIMPLE DOMAINE DE LA *LEX IMPERFECTA*

§ 1. — La « lex imperfecta ».

La définition de la *lex imperfecta* résulte du rapprochement du texte incomplet d'Ulpien, *Reg.*, *pr.*, 1 et d'un passage de Macrobe, *In somnium Scipionis*, liv. II, XVII, 3.

Vraisemblablement, au début de ses *Regulae*, le jurisconsulte Ulpien donnait les définitions des *leges perfecta*, *imperfecta* et *minus quam perfecta*. Et, après chaque définition, il proposait un exemple. Nous possédons en entier la définition de la *lex minus quam perfecta*, et son exemple, consistant dans la loi Furia *testamentaria*. Les lignes qui précèdent sont relatives à une loi sur les donations, qui défend de donner au delà d'un certain taux, mais qui, s'il est passé outre à la défense, ne déclare pas nulle la donation illégale.

... *prohibet*, *exceptis quibusdam cognatis*, *et si plus donatum sit*, *non rescindit*.

Bien qu'il y ait eu jadis controverse sur le point de savoir quelle était cette loi sur les donations (1), il est au-

(1) Cette controverse était née de la lecture τοῦ Σεντίου νόμου dans la Novelle 162, 1, rapportant le nom d'une loi sur la forme des donations. Cf. Schilling, *Lehrbuch der Institutionen*, 3, § 356, p. 860 ; Cujas, *Obs.*,

jourd'hui généralement admis qu'il s'agit de la loi Cincia *de donationibus* (1).

C'était là l'exemple qu'Ulpien donnait, dans sa division des *leges*, de la loi qu'il dénommait sans aucun doute *lex imperfecta*. Cette dénomination semble en effet s'imposer, lorsqu'on remarque que la *lex imperfecta* ne diffère de la *lex minus quam perfecta* que par l'absence d'une *poena*. Or Macrobe, *In somnium Scipionis*, s'exprime en ces termes :

Inter leges quoque illa imperfecta dicitur in qua nulla deviantibus poena sancitur (2).

Mais si la *lex imperfecta* se distingue de la *lex minus quam perfecta* en ce qu'elle ne punit pas le contrevenant à la loi (3), ces deux *leges* se ressemblent sur un point : elles ne déclarent pas nul l'acte illégal, à la différence d'autres *leges* que nous dénommons *leges perfectae*.

Les caractères généraux de la *lex imperfecta* et sa différenciation des autres *leges* ainsi établis, nous pouvons donc admettre la restitution suivante de sa définition :

Imperfecta lex est, quae fieri aliquid vetat, nec tamen si factum sit, rescindit (4).

6, 18 et P. Pithou lisaient Κεντίου. Le ms. de Florence donne sentιu, celui de Venise σεντίου. Le continuateur de M. Schoell, M. Kroll, propose Cinciου.

(1) Cette question n'est plus douteuse, depuis la découverte en 1821 des Fragments du Vatican, qui nous offrent un titre intitulé *Ad legem Cinciam de donationibus* ; Girard, *Textes*, p. 479, §§ 260-316.

(2) Macrobe, *In somnium Scipionis*, 2, 17, 13 : *Sed quia inter leges quoque illa imperfecta dicitur in qua nulla deviantibus poena sancitur, ideo in conclusione operis poenam sancit (Cicero) extra haec praecepta viventibus*.

(3) Savigny, *Z. G. R.*, 4, 1820, p. 22, fait ressortir l'analogie du terme *imperfecta* appliqué à la *lex* avec le terme technique *cretio imperfecta* ; Ulpien, 22, 34. Il fait remarquer que l'absence de menace d'une peine constitue le caractère distinctif de cette *imperfecta cretio*.

(4) Girard, *Textes*, p. 392.

Cette définition ne donne, il est vrai, qu'une solution négative, quant aux effets de cette loi. Elle nous enseigne que la *lex imperfecta* ne déclare pas nul l'acte illégal, qu'elle ne punit pas le contrevenant : elle ne nous dit pas par quel procédé la loi prétend assurer le respect de ses dispositions. Aussi les théories sont-elles nombreuses sur le point de savoir si la *lex imperfecta* est ou non dépourvue de moyen de sanction. Un rapide aperçu des principales opinions nous permettra de mieux apprécier la valeur des arguments proposés et de présenter la solution la plus conforme aux textes.

D'après Savigny (1), la *lex imperfecta* est celle qui, pour s'opposer à un acte juridique, exige seulement des formes particulièrement minutieuses pour l'accomplissement de cet acte. Cette exigence de formes spéciales a pour but, quand il s'agit de la loi Cincia, d'empêcher les grosses donations faites à la légère, d'amener les étourdis à la réflexion. Mais si le donateur persiste dans sa volonté et fait la donation dans la forme légale, la loi maintient la donation, à laquelle elle voulait mettre obstacle (2).

Cette théorie repose sur cette idée, à notre avis inexacte, que la loi Cincia eut pour principal but de combattre la prodigalité par dons (3). Mais, quel que soit le but que se proposa cette loi, il résulte de l'examen des textes, que les formes dont parle Savigny étaient exigées pour toutes donations faites aux *personae non exceptae*, sans qu'aucune distinction fût faite entre les grosses et les petites donations (4). Aucun texte ne paraît réserver ces formes au seul cas de donations *ultra modum legis.*

(1) Savigny, *Traité de dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 562.
(2) Savigny, *Z. G. R.*, 1820, p. 24.
(3) Cf. ci-après, p. 21.
(4) En ce sens, Francke, *Civilistische Abhandlungen*, 1826, Abh. 1,

Deux opinions plus sérieuses, et qui s'efforcent d'expliquer la nature de la *lex imperfecta* en général, et non pas spécialement, comme le faisait Savigny, celle de la loi Cincia, ont été émises par MM. Voigt et Karlowa. Les solutions proposées par ces auteurs sont en complète divergence.

D'après M. Voigt, l'expression *non rescindit* employée par Ulpien au sujet de la loi Cincia exclut non seulement la nullité de la donation, mais aussi une action en restitution de la donation réalisée (1). C'est là la différence principale entre les *leges imperfectae* et *minus quam perfectae* d'une part, et les *leges perfectae*, dans lesquelles il est donné une action en rescision ou en nullité contre le fait illégal déjà réalisé, d'autre part. Il ne peut donc pas être question d'atteindre, par quelque moyen de procédure, l'acte déjà réalisé, sans transformer la *lex* d'*imperfecta* en *perfecta*.

Cette solution ne nous paraît pas fondée : car elle repose sur une compréhension inexacte de la *lex perfecta*. Comme l'expose M. Karlowa (2), autre chose est de déclarer nul l'acte illégal, autre chose d'exercer une action en restitution de la chose perçue contrairement à la loi. La loi Cincia ne serait devenue une *lex perfecta* que si les donations illégales avaient été déclarées nulles *ipso jure* (3). Son caractère de *lex imperfecta* n'exclut donc en aucune façon une action en restitution du don exagéré.

Cette argumentation nous semble d'ailleurs la seule

pp. 30 et 63. — Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen*, 1872, p. 350, n. 1.

(1) Voigt, *Jus naturale*, 3, p. 728, n. 118 ; *Condictiones ob causam*, p. 487.

(2) Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, 1, p. 427, n. 5.

(3) En ce sens, Karlowa, *Civilprozess*, p. 349, n. 3, réfutant Voigt, *Jus naturale*, 1875, 3, p. 729, n. 118.

conforme aux textes. Aucun texte ne nous enseigne en effet, comme le prétendent presque tous les auteurs, que la *lex imperfecta* est celle qui est dépourvue de sanction. On sait seulement, d'après Ulpien, qu'elle ne déclare pas nul l'acte illégal ; et d'après Macrobe, qu'elle ne punit pas le contrevenant à la loi. Mais, en dehors de ces deux hypothèses, il en reste une troisième à envisager. Il se peut que la loi ne prononce pas la nullité de l'acte prohibé ; qu'elle le laisse commettre et subsister ; mais qu'en retour, elle répare le dommage causé par son application, sans punir toutefois le coupable. Il y aura alors *lex imperfecta*.

Reste toutefois la question de savoir si l'action en restitution, destinée à sanctionner la *lex imperfecta*, vient de la loi elle-même ou ne fut que l'œuvre de la jurisprudence.

Selon certains auteurs, l'action n'est pas donnée par la loi : elle est une trouvaille de la doctrine (1). Cette action, basée sur l'idée d'enrichissement injuste, c'est la *condictio*, qui avant de s'intenter par la *legis actio per condictionem*, s'exerçait au moyen de la procédure du *sacramentum* ou de la *judicis postulatio*.

Il nous semble préférable de penser que l'action, donnée en restitution de la chose illégalement perçue, vient de la loi elle-même ; soit que la *lex imperfecta* ait donné une action expressément dénommée ; soit même qu'elle n'ait désigné aucune action pour la sanctionner. Car, en ce qui concerne cette dernière hypothèse, Gaius nous apprend que, lorsque la loi n'avait pas désigné d'action particulière, on agissait au moyen de la *legis actio per sacra-*

(1) Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 587 et surtout *Röm. Civilprozess*, p. 347-352 ; Girard, *Manuel*, p. 929, n. 1.

mentum (1) : ce qui fait dire au jurisconsulte que cette *legis actio* était *generalis*. Il se peut qu'il en fut ainsi de la *lex imperfecta*. Rien en effet, dans les textes, n'autorise à prétendre que la *lex imperfecta* se bornait à prohiber un acte, sans ordonner la restitution de la perception illégale. Admettre au contraire que les prescriptions légales prévoyaient le cas où elles seraient violées, semble plus conforme au but de toute loi, et n'enlève aucunement à la loi son caractère de *lex imperfecta*.

Quelle que soit d'ailleurs la solution que l'on admette sur cette question, la *lex imperfecta* nous apparaît comme la loi qui ne déclare pas nul l'acte illégal, qui ne punit pas son auteur, mais qui permet à la victime de réclamer ce dont on l'a appauvrie, contrairement à la loi. L'idée d'enrichissement injuste domine la matière et explique, ce nous semble, l'exercice de la *legis actio per sacramentum* dans les quelques cas de *leges impefrectae* que nous connaissons : au cas de la loi Cincia *de donationibus* ; au cas des *leges repetundarum* Calpurnia et Junia.

§ 2. — Les leges imperfectae.

A. — *La lex Cincia* *.

La loi Cincia *de donationibus* est l'exemple de *lex imper-*

(1) Gaius, 4, 13 : *Sacramenti actio generalis erat ; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.*

*Bibliographie. — Littérature ancienne et vieillie dans Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 53, n. 1. — Littérature moderne : Savigny, *Ueber die lex Cincia*, dans *Z. G. R.*, 4, 1820, pp. 1-60 ; Hugo, *Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts*, 1832, 1, p. 380 et s. ; Helmolt, *Verhältniss der Exceptionen zur Beweislat*, 1852, pp. 9-14 ; Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, 1857, 1, § 22 ; Rein, *Das Privatr. u. der Civilprozess der Römer*, 1858, p. 730, n. 2 ; Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, 1863, 1, § 225 ; Karlowa, *Der röm. Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen*, 1872, pp. 347-352 ; Voigt, *Jus naturale*, 1875, 3, p. 728 ;

fecta, donné par le jurisconsulte Ulpien (1). Bien que ce soit la question de la sanction de la loi qui intéresse particulièrement notre étude, la connaissance des motifs qui ont provoqué le vote de cette loi et celle des abus qu'elle prétendait détruire présentent, pour la solution même de cette question, un intérêt trop considérable, pour que nous les passions sous silence. En conséquence, nous étudierons : en premier lieu, les origines et la portée de la loi ; en second lieu, sa sanction.

1. — Origines de la loi ; sa portée.

En l'an 550/204 (2) fut voté, sur la proposition du tribun M. Cincius Alimentus (3), un plébiscite sur les do-

Baron, *Abh.* 1, *Condictionen*, 1881, pp. 48-51 ; *Gesch. des röm. Rechts*, 1884, 1, p. 260 ; Buonamici, *La storia della Procedura civile romana*, Pisa, 1886,1, p. 202 et s.; Carré de Malberg, *Hist. de l'exception*, Thèse, Paris, 1887, p. 50 et s.; Cuq, *Inst. juridiques des Rom.*, 1, 1891, p. 560. 2, 1902, p. 685 s.; Puchta, *Kursus der Institutionen*, 1893, 10e ed., 1, p. 167 ; Ascoli, *Sulla legge Cincia*, dans *Bullet. dell' inst. di dir. rom.*, 6, 1893, p. 173 s. ; S. Perozzi, *Archiv. giuridico*, 58, 1897, p.324 s.; Girard, *Manuel*, 3e éd., 1901, p. 329 s.; Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 1901, 2, pp. 585-588.

(1) Plusieurs restitutions ont été proposées de ce passage d'Ulpien, *Reg.*, *pr.*, 1. — Cujas, *Obs.*, 19, 30, proposait : [*Imperfecta lex est, veluti Cincia, quae supra certum modum donari*] *prohibet*, etc. — M. Girard, *Textes*,p.392,donne la restitution : [*qualis est lex Cincia quae plus quam... donare*] *prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit.* — Huschke, *Jurisprudentiae antejustinianae*, Leipzig, 1886 :... [*qualis est lex Cinciae, quae plus quam duo milia assium donare*] *prohibet, exceptis personis quibusdam velut cognatis,...* — Krueger, *Collectio*, admet qu'au lieu de *cognatis* on pourrait peut-être mettre *personis*. — Je préférerais la restitution suivante :... [*qualis est lex Cincia, quae nemini plus quam.. donari*] *prohibet, exceptis quibusdam cognatis*, etc. Cette restitution me semblerait en plus complète concordance : avec la forme passive, « *donatum sit* » ; et principalement avec le caractère de la loi, qui est édictée non contre le donateur, mais contre le donataire.

(2) Cette date de 550/204, neuvième année du consulat de Caton l'Ancien, donnée à la loi Cincia, résulte avec certitude du rapprochement de deux textes : l'un de Cicéron, *de Senect*, 4, 10 ; l'autre de Tite-Live, 29, 20.

(3) Cicéron, *de Oratore*, 3, 71.

nations, sur les présents. Cette loi Cincia, souvent dénommée *lex de donis et muneribus*, comporte, suivant l'opinion communément admise, deux chefs distincts : l'un relatif aux donations ; l'autre relatif aux honoraires des avocats (1).

Il est certain que, peut-être dès la fin de la République et sans nul doute dès les premières années de l'Empire, ces deux chefs de la loi se distinguent et doivent faire chacun l'objet d'une étude spéciale. Mais il s'agirait de déterminer s'ils n'ont pas eu tous deux la même origine, s'ils ne sont pas tous deux nés du même besoin, et par là même, s'ils n'ont pas eu, dans les temps qui suivirent de près le vote de la loi, la même sanction.

Les motifs qui ont provoqué le vote de la loi Cincia nous sont connus par un texte de Tite-Live, 34, 4 (2). La loi Cincia fut proposée et votée, *quia vectigalis jam et stipendiaria plebs esse senatui coeperat*. Il résulte clairement de ce texte qu'elle fut votée en vue de protéger les pauvres (3). La plèbe avait sans cesse recours à ceux qui oc-

(1) On ne saurait, selon nous, tirer aucun argument de la double qualification *de donis et muneribus*, appliquée à la loi Cincia, et soutenir par cela seul l'existence de deux chefs distincts. On voit indifféremment le mot *donum* s'appliquer aux présents faits aux avocats : Tacite, *Ann.*, 11, 5 : et le mot *munus* à des donations entre particuliers, loi 31, § 8, *D.*, *de donat. inter vir. et ux.*, 24.1.— Cf. en outre sur cette terminologie, l. 18.194.214, *D.*, *de verb. signif.*, 50.16 — Festus, V° *Muneralis*.

(2) Tite-Live, 34, 4 : *Cupiditates prius natae sunt, quam leges, quae iis modum facerent... Quid legem Cinciam de donis et muneribus, nisi quia vectigalis jam et stipendiaria plebs esse senatui coeperat ?* — Ce texte donne, à notre avis, une explication générale de la loi. Il serait incompréhensible, si on voulait l'appliquer uniquement aux donations entre particuliers : on ne pourrait s'expliquer les termes de *plebs* et de *senatus* qui s'y trouvent mentionnés. Et d'autre part, il est rédigé en des termes trop généraux pour pouvoir se rapporter exclusivement aux honoraires des avocats.

(3) En ce sens, Cuq, *Instit. jurid.*, 1, p. 560 ; Minoret, *De la loi Cincia*, Thèse, Paris, 1890.

cupaient les hautes charges de l'État, pour la protection de ses intérêts. Et ceux-ci par suite du relâchement des mœurs publiques, vendaient en réalité leurs services (1). On voulait donc, par le vote de la nouvelle loi, que la plèbe ne fût plus à la merci des personnages influents pour les services qu'elle ne pouvait attendre que d'eux.

Or l'un de ces services, sans doute le plus important à cette époque, était celui que pouvaient rendre, comme avocats, les membres des hautes classes, possédant seuls les connaissances juridiques nécessaires. Ce n'est pas à dire toutefois, comme on l'a prétendu, que la loi Cincia ne visait à l'origine que la prohibition des donations *ob causam orandam*. S'il en eût été ainsi, la disposition relative aux avocats se fût bientôt isolée et retranchée au milieu des matières du droit public ; elle n'aurait pu agir assez efficacement sur le droit privé pour en faire jaillir la théorie de la prohibition des donations *ultra modum legis* entre particuliers. La loi Cincia, ce nous semble, a porté à l'origine, sauf certaines limitations, une prohibition générale de recevoir par donation, s'appliquant à la fois aux avocats et aux autres particuliers. D'ailleurs, conformément à ce que nous rapporte Tite-Live, le but que le législateur s'était proposé d'atteindre était le même pour tous. Il voulait empêcher que toute donation fût le résultat d'une pression du donataire sur la volonté du donateur (2).

(1) Cicéron, *de Oratore*, 2, 71 : *M. Cincius, quo die legem de donis et muneribus tulit, cum C. Cento prodiisset, et satis contumeliose, « Quid fers, Cinciole ? » quaesisset : « Ut emas inquit, Cai, si uti velis »*.

(2) D'après M. Laferrière, *Hist. du dr. civil de Rome*, 1847, 1, app. 3 : les patriciens étaient tout-puissants, quand ils avaient entraîné à leur suite leur clientèle qui votait avec eux ; or ils achetaient les votes. Le seul moyen d'enrayer le mal, c'était de restreindre la faculté de disposer :

Cette explication du vote de la loi Cincia a été mise en lumière par M. Mommsen, pour l'application de la loi aux honoraires des avocats. Mais, en ce qui concerne la prohibition des donations entre particuliers, la grande majorité des auteurs s'arrête à une explication complètement divergente : la loi Cincia, aurait eu pour but de combattre la prodigalité par dons (1). De très bonne heure, dès les XII Tables, des mesures avaient été prises contre les prodigues. La nouvelle loi n'eût fait que les compléter, en s'attaquant aux donations irréfléchies, l'une des formes de la prodigalité.

Cependant, si la prodigalité par dons devait trouver plus tard un obstacle naturel dans la prohibition édictée par la loi Cincia, elle ne nous semble pas avoir provoqué en cette matière l'intervention du législateur. Outre que le texte de Tite-Live sur les motifs de la loi est contraire à une telle doctrine ; on ne comprendrait pas que la loi Cincia ait eu pour but de combattre la dissipation des biens au moyen de donations, lorsque tout un système avait été construit pour protéger le prodigue ou bien plutôt sa famille contre ses largesses excessives (2). La protection de la nouvelle loi eût fait double emploi avec l'interdiction. Elle lui eût même été notablement inférieure en efficacité. Il eût été facile de tourner la loi, tout en en respectant la lettre : il suffisait de faire de fréquentes donations,

c'est ce que fit la loi Cincia. Cette théorie, absolument contraire au texte de Tite-Live, 34,4 prévoit ainsi une pression du donateur sur la volonté du donataire.

(1) En ce sens, Rein, *Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer*, 1858, p. 730, n. 2. — De Savigny, *Z. G. R.*, 1820, 4, p. 24. — Karlowa, *Der röm. Civilprozess*, p. 350. — Puchta, *Institutionen*, 1893, 1, § 74, p. 167.

(2) Audibert, *Etudes sur l'Histoire du droit romain*, 1. *La folie et la prodigalité*, 1892, Paris, in-8, p. 70 et s.

n'excédant pas le taux légal. Et c'est pourquoi M. Karlowa (1) soutient que le but de la loi Cincia, qui était dirigée contre les donations irréfléchies et contraires au principe de la conservation des biens dans les familles, ne fut pas atteint (2). Cette doctrine, de l'aveu même de ses auteurs, dénie toute efficacité à l'apparition des nouvelles dispositions restrictives en matière de donations (3).

Nous pensons au contraire que les prohibitions des honoraires aux avocats et des donations entre particuliers se sont confondues à l'origine, parce qu'elles avaient pris naissance dans un principe commun. La loi Cincia avait été votée pour protéger la plèbe contre les extorsions de l'aristocratie romaine (4). Dictée dans cet intérêt d'ordre public, elle posa un principe nouveau : toute donation *ultra modum legis*, à moins qu'elle ne fût faite à des *personae exceptae*, devait être considérée comme le résultat d'une pression du donataire sur la volonté du donateur. Ce principe devait produire des conséquences aussi bien dans les matières du droit privé que dans celles du droit public ;

(1) Karlowa, *Der röm. Civilprozess*, p. 350. — Il faut remarquer que, lorsqu'on admet, comme le fait M. Karlowa, l'application de la *condictio* à notre matière, on ne peut guère parler de remède apporté par la loi Cincia à la prodigalité par dons, puisque le donateur peut ne pas réclamer ce qu'il a donné. Or il est à présumer qu'un prodigue n'exercera pas son action en répétition.

(2) Cf. ci-après, p. 41, n. 3.

(3) On peut encore opposer à cette doctrine le raisonnement suivant. Tandis qu'en vertu de son pouvoir de *regimen morum*, le censeur intervenant en matière de prodigalité agit contre le prodigue (Audibert, *l. c.*, p. 89. Mommsen, *Dr. public rom.*, tr. Girard, 4, p. 60), en matière de donations il fait valoir son action morale à l'encontre du donataire qui a reçu et non du donateur. Cicéron, *Pro Cluentio*, 43. Cf. ci-après, p. 52, n° 1.

(4) Mommsen, *Histoire romaine*, tr. fr. Alexandre, 1865, 4, p. 84.

il y trouva, dans les unes comme dans les autres, un large domaine d'application (1).

C'est l'application de ce principe qui explique l'unité de moyen de sanction, à l'origine, en ce qui concerne les honoraires des avocats et les donations entre particuliers. La disposition relative aux avocats, ne devint, à notre avis, un chef distinct de la loi Cincia, que sous l'influence de la législation des *repetundae* (2).

Ainsi s'explique que l'action destinée à sanctionner la loi Cincia, ait été dirigée contre le donataire coupable d'avoir influencé le donateur.

Ainsi s'explique encore l'analogie de la loi Cincia avec les *leges repetundarum* : analogie qui se révélera nettement lorsque nous étudierons leurs moyens de sanction.

(1) C'est sans doute ce même principe qui provoqua le vote de la loi Publicia, citée par Macrobe, *Saturn.*, 1, 7, 33, qui défend aux affranchis de donner à leurs patrons autre chose que des flambeaux de cire. Cette loi nous semble postérieure à la loi Cincia, parce que les patrons sont encore là des *personae exceptae*. En ce sens, Girard, *Manuel*, p. 933, n. 4. En sens contraire, Cuq, *Instit. jurid.*, 1, p. 557, n. 1. — C'est encore lui qui, à notre avis, explique la prohibition des donations entre époux, prohibition d'origine coutumière. Elle a été introduite par la coutume, *moribus*, à cause des entraînements qui résultent d'une affection réciproque, d'après Ulpien, D., 24, 1, *De donat. inter vir. et ux.*, 1 ; et aussi afin d'empêcher un époux, menaçant son conjoint d'un divorce, de se faire acheter la paix du ménage à prix d'argent, d'après Africain chez Paul, *D.*, *h. t.*, 2. Encore ici, on n'a pas voulu laisser le donataire exercer sa pression sur la volonté du donataire. Et, considérant même la volonté comme absente, on a donné à la prohibition la sanction la plus énergique : on a considéré l'acte par lequel la donation était faite comme inexistant. Girard, *Manuel*, p. 934. Cf. sur cette prohibition, Gradenwitz, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, 1887, pp. 191-256. La prohibition a été introduite après la loi Cincia, qui fait figurer les époux parmi les *personae exceptae*. Et peut-être même, croyons-nous, n'étaitelle pas encore établie sous le premier consulat de César, en l'an 695/59, date de la loi Julia *repetundarum*, qui permet à la femme, comprise parmi les *personae exceptae*, de recevoir de son mari, occupant une fonction publique. Marcien, D., 48.11, *De leg. Julia repetund.*, 1, 1.

(2) Cf. ci-après, p. 42 et s.

De même qu'on considérait celui qui avait donné à un avocat, comme s'étant trouvé livré à la merci du citoyen, auquel il avait confié la défense de son droit ; de même que l'auteur d'une donation immodérée à un particulier paraissait s'être laissé influencer par lui : de même on considéra celui qui avait donné à un magistrat, comme n'ayant pas agi en toute liberté. Qu'il s'agisse de la loi Cincia ou des *leges repetundarum*, le principe est le même : la loi a voulu venir au secours de la volonté contrainte ; elle a voulu la soustraire aux influences d'autrui et lui rendre son entière liberté.

Ainsi s'expliquent enfin plusieurs particularités de la loi Cincia : notamment l'inapplication de la loi à certaines personnes, *personae exceptae* (1), de la part desquelles le législateur ne conçoit d'autre pression sur la volonté du donateur que l'influence toute naturelle des sentiments d'affection ; — notamment encore la fixation d'un taux en deçà duquel les donations seront considérées comme trop modiques pour avoir été le résultat d'une contrainte morale.

2. — Sanction de la loi Cincia (2).

Même pour les auteurs qui tirent du caractère de la *lex imperfecta* de la loi Cincia cette conséquence que le législateur y avait omis la *sanctio*, la présence d'un moyen de

(1) Une liste des *personae exceptae*, peut-être incomplète (Paul, *Sent.*, 5, 11, 6), est donnée aux *Fragm. Vatic.*, 298-309. Girard, *Textes*, p. 488. Ce sont : les cognats jusqu'au 5e degré, et au 6e le *sobrinus* et la *sobrina* ; ceux qui les ont en puissance ou sont sous leur puissance ; les fiancés ; les époux ; les pupilles ; le patron ; les cognates à un degré quelconque, à qui on fait une donation à titre de constitution de dot, etc.

(2) Nous n'étudierons ici que la sanction de la loi Cincia assurée par des instruments de procédure autres que l'*exceptio legis Cinciae*. Nous verrons, dans notre étude des *leges perfectae*, dans quelle mesure l'*exceptio* rapprochait la *lex imperfecta* de la *lex perfecta*.

sanction semble cependant ne faire aucun doute. Les textes mentionnent l'*exceptio legis Cinciae* sous la procédure formulaire. Reste la question de savoir quel fut le moyen de sanction appliqué à l'origine, au temps des Actions de la loi.

Pour l'étude de cette question, les auteurs distinguent soigneusement deux cas d'application de la loi : l'un relatif aux donations entre particuliers ; l'autre relatif aux honoraires des avocats. Dans le but de faciliter la critique de leurs théories, nous envisagerons successivement ces deux chefs. Mais, s'ils ont réellement constitué, à partir d'une certaine époque, deux chefs distincts sous l'influence des *leges repetundarum*, nous verrons, ce nous semble, qu'à l'origine ils durent être confondus dans une même disposition, avec une sanction unique.

I. — En ce qui concerne l'application de la loi Cincia aux donations entre particuliers, les divers systèmes, proposant des moyens de sanction sous les actions de la loi, peuvent se ramener à quatre groupes principaux : ceux qui voient dans l'*exceptio legis Cinciae* le moyen de sanction originaire ; ceux qui se basent sur le pouvoir du préteur de *denegare legis actionem* ; le système de M. Cuq sur l'intervention du tribun ; et celui de la *condictio* exercée en vertu de l'idée d'enrichissement injuste du donataire.

1. D'après quelques auteurs, le préteur est intervenu, pour sanctionner la loi Cincia, en vertu des pouvoirs très larges qui lui furent conférés. Il donna au donateur une exception contre le donataire qui réclamait l'objet de la donation (1). Si la loi n'avait pas de sanction, ce n'était

(1) En ce sens, Zimmern, *Geschichte des römischen Privatrechts*, Heidelberg, 1829, 3, p. 286 ; Baron, *Gesch. des röm. Rechts*, 1884, 1, p. 260 ; Puchta, *Kursus der Institutionen*, 1893, 1, p. 167 ; Salkowski,

pas négligence de la part du législateur : c'est qu'il paraissait plus opportun de ne pas statuer sur la matière par une disposition générale ; il semblait préférable de laisser au magistrat le soin de sanctionner la loi, de veiller à son exécution.

Cette théorie d'après laquelle la sanction de la loi Cincia était assurée par le préteur, accordant une exception au donateur, doit être nécessairement rejetée par suite de l'inexistence des exceptions au temps des Actions de la loi. L'assertion de Gaius, 4.108 (1), ne saurait être mise en doute. Aussi cette doctrine prétend-elle respecter le passage de Gaius. Et en conséquence, elle induit de l'existence des *exceptiones legis Cinciae* et *legis Plaetoriae* celle de la loi Aebutia (2), introductrice de la procédure formulaire, à l'époque même de ces lois, c'est-à-dire vers le milieu du VI[e] siècle (3).

Seulement, pour atteindre ce résultat, il faudrait prouver que les lois Cincia et Plaetoria ont été dès le principe nécessairement sanctionnées par des exceptions. Or nous démontrerons qu'à l'origine la loi Cincia vit sa sanction assurée par des instruments de procédure autres que les exceptions. Et des textes formels attestent l'action civile

Institutionen, Leipzig, 1898, p. 404 ; Sohm, *Institutionen*, 8-9[e] éd., 1899, p. 270. — Puchta, *Inst.*, 2, p. 57, admet, outre l'exception accordée par le préteur au donateur, une *condictio* que le donateur pourrait intenter pour réclamer la chose parvenue entre les mains du donataire, *contra legem Cinciam*. Mais ce n'est là, selon lui, qu'un moyen de droit supplémentaire, destiné à assurer une sanction plus complète. La première et véritable sanction de la loi Cincia a été, d'après Puchta, l'exception : c'est là l'impression qui se dégage nettement de son ouvrage.

(1) Gaius, 4, 108 : *Nec omnino ita, ut nunc usus erat illis temporibus* (*legis actionum*) *exceptionum*.

(2) En ce sens, Puchta, *Institutionen*, 1, § 80, *in fine*.

(3) Sur la date de la loi Aebutia, cf. ci-après, p. 73, n. 3.

de la loi Plaetoria (1), qui ne fut remplacée plus tard par une exception que par simplification. Quant à la trace de l'exception de dol qu'on a cru trouver dans un texte de Plaute, et dont on a voulu tirer argument pour prouver l'existence de la loi Aebutia à cette époque, nous pensons, avec M. Girard (2), qu'on ne saurait en admettre l'existence. L'exception de dol ne peut pas être mentionnée dans Plaute, au VI[e] siècle, l'action de dol n'ayant été créée qu'à la fin du VII[e] siècle par Aquilius Gallus et l'exception n'ayant pas existé avant l'action.

2. L'existence d'une exception ne pouvant être admise au temps des Actions de la loi, certains auteurs ont pensé trouver la sanction de la loi Cincia dans ces moyens qui, selon eux, jouaient sous les Actions de la loi le rôle que joua plus tard l'exception sous la procédure formulaire.

(1) Cf. ci-après, étude de la loi Plaetoria, p. 60 et s.

(2) Cf. Girard, *Nouv. Rev. hist.*, 1897, p. 265-288, dont nous reproduisons ici à peu près textuellement les conclusions. Le texte de Paul dans lequel on a cru trouver une trace de l'exception de dol est un texte du *Rudens*, 5, 3, 24 et s. : *Cedo quicum habeam judicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum haud siem quinque et viginti annos natus.* Ces vers, ont dit certains auteurs (entr'autres Burchardi, *Widereinsetzung*, p. 300 et s.), supposent au profit de l'obligé, soit une exception, soit un moyen équivalent fondé sur le dol, à côté de celui fondé sur la loi Plaetoria. Mais cette interprétation est en contradiction flagrante avec le système de la loi Plaetoria, selon lequel il doit s'agir non pas de deux moyens fondés sur des causes différentes, le dol et la minorité, mais d'un moyen unique, celui de la loi Plaetoria, dont l'admission exige deux conditions distinctes : la minorité de la victime, et le dol du cocontractant. Girard, *Nouv. Rev. hist.*, 1897, p. 266. Les deux autres textes qu'on invoque parfois afin d'établir l'existence de l'exception de dol avant Aquilius Gallus, celui relatif à l'exception donnée contre les publicains par Q. Mucius Scaevola dans son gouvernement d'Asie (Cic., *Ad. Attic.*, 6, 1, 15) et celui d'Ulpien, *D.*, 44, 4, 4, 33, selon lequel *metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione quae est generalis*, peuvent être facilement écartés : voir à ce sujet la démonstration de M. Girard, *loc. cit.*, p. 266, note 2, suivi par Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 199, n. 3. *Contrà*, Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 1077.

L'exception, dans l'opinion de ces auteurs, aurait été précédée et remplacée sous les Actions de la loi par divers procédés connus sous le nom de *sponsio* ou de *cognitio praetoris* (1).

Selon Savigny, on s'en rapportait à une *sponsio praejudicialis*, sur la question de savoir s'il y avait contravention à la loi. On nommait un juge, et si la violation de la loi était prouvée, l'action était refusée.

D'autres auteurs, partant du même point de vue, décident qu'on recourait en notre matière à une *cognitio praetoris* (2). Selon toute probabilité, au dire de ces auteurs, le moyen de défense fourni par la loi devait être proposé et examiné *in jure* ; et ce n'est que si le magistrat le jugeait non fondé qu'il laissait procéder à la *legis actio*.

Ces systèmes qui fondent le moyen de sanction de la loi Cincia sur une *sponsio* ou une *cognitio praetoris*, se réfèrent tous à cette idée que le magistrat peut *denegare legis actionem*. Or nous ne saurions lui reconnaître sous les Actions de la loi (3) ce pouvoir qui lui appartint sans contredit au

(1) Keller, *De la procéd. civile et des act. chez les Rom.*, tr. Capmas, 1870, p. 153 et s.

(2) En ce sens, Accarias, *Précis de dr. romain*, 2, n° 891, suivi par Vaunois, *De la notion du droit naturel chez les Romains*, thèse, Paris, 1884, p. 81.

(3) En sens contraire, Karlowa, *Der röm. Civilpr.*, p. 343 ; Lenel, *Ursprung der Exceptionen*, 1876, p. 41 et s. Comme le fait remarquer M. Girard, *Nouv. Rev. hist.*, 1897, p. 257, parmi les textes invoqués qui impliquent réellement le pouvoir arbitraire du préteur, il n'y en a aucun qui se place avant la période où la procédure formulaire peut exister (Huschke, *Die Multa und das sacramentum*, 1874, p. 496, n. 400 ne les invoque que dans ce sens). « Quant au cas de vites, Gaius, 4, 11, dont parle M. Karlowa, Gaius ne dit pas que l'accomplissement matériel d'une seconde *legis actio* devant le magistrat eût été impossible : ce serait le juge qui eût reconnu son mal fondé, et il en est de même d'à peu près toutes les hypothèses où MM. Karlowa et Lenel supposent un examen préalable du magistrat. M. Lenel fait remarquer qu'au cas d'action réelle on ne voit pas ce qui

temps de la procédure formulaire. Car le pouvoir de *denegare actionem*, comme le déclare M. Girard, est un corrélatif inséparable de celui de délivrer la formule. Il ne put prendre naissance qu'avec l'apparition de la loi Aebutia, introductrice de la procédure par formules, qui permit aux plaideurs de faire, entre cette procédure nouvelle et la procédure ancienne des Actions de la loi, un choix soumis au contrôle du magistrat (1). Le préteur devait alors nécessairement acquérir et il acquit en effet non seulement la possibilité de fait, mais aussi la possibilité de droit de refuser son concours à la procédure ancienne : il le refusa

dans les paroles sacramentelles soumettrait au juge la question de la déduction du droit en justice. Mais précisément le cas d'action réelle est, à côté de cas appartenant à la procédure moderne, le seul où le droit ne soit pas éteint *ipso jure* (Gaius, 4, 107). C'est peut-être la preuve que la règle *bis de eadem re* ne s'y est pas appliquée dès le principe. » Cf. sur toute cette démonstration, Girard, *loc. cit.*, p. 256, n. 3.

(1) En ce sens, Girard, *loc. cit.*, p. 257, note 1 : « Il y a peut-être eu avant la procédure formulaire des cas où le demandeur pouvait choisir entre deux *legis actiones*, comme on l'a soutenu, soit en invoquant Gaius, 4, 20 pour la *judicis postulatio* (Wlassak, *Processgesetze*, 1, 105; A. Schmidt, *Z. Sav. St.*, 2, 1882, p. 150 et s.; Gradenwitz, *id.*, 9, 1888, p. 191), soit avec encore plus de raisons, croyons-nous, pour la *condictio*, en invoquant Gaius, 4, 95 (Wlassak, *Processgesetze*, 1, 106). Mais rien n'indique là que le choix émane d'un autre que du demandeur maître de son action qu'il dirige comme il veut, et par suite aucune intervention du magistrat n'est nécessaire afin de lui refuser une *legis actio* après qu'il a pris l'autre ; la règle *bis de eadem re* suffit. Au contraire il faut un pouvoir du magistrat qui force le demandeur à changer de voie, quand le choix de la procédure n'est plus laissé à son initiative, quand il dépend du défendeur comme pour la procédure *sine periculo* des interdits (Gaius, 4, 163 et s.) ou, comme c'est plutôt le cas dans notre matière, soit du magistrat seul, soit du défendeur assisté par le magistrat. Or M. Wlassak a très bien vu que le concours électif de l'ancienne procédure et de la nouvelle ne peut avoir été laissé à la seule volonté du demandeur, qu'il doit avoir dépendu en dehors de lui de celle du magistrat, soit au cas de dissentiment, soit peut-être sans cela. Il s'est seulement trompé, croyons-nous, en prenant pour l'instrument préexistant de la réforme un pouvoir du magistrat qui en a été seulement la conséquence. »

par exemple lorsqu'il ne voulait le prêter qu'à la procédure nouvelle. Le droit de *denegare actionem*, étant un effet de la loi Aebutia (1), ne pouvait donc exister avant les années 605 à 628 (2) : il ne pouvait en conséquence donner naissance à des procédés destinés à sanctionner la loi Cincia avant l'introduction de la procédure formulaire.

3. Après avoir rejeté les systèmes basés sur le droit supposé du préteur d'accorder des exceptions ou de *denegare legis actionem* au temps des Actions de la loi, il était naturel de rechercher parmi les autres pouvoirs en vigueur sous la République, celui qui se conciliait le mieux avec le caractère de notre loi. M. Cuq (3) déclare que « la loi ne protège que le donataire qui n'a pas exécuté sa promesse : il ne pourra être contraint judiciairement à réaliser la donation ; il ne pourra pas, non plus, si c'est un client, y être contraint par l'autorité du patron (4). Le client puisait dans la loi le droit d'invoquer le secours (*auxilium*) d'un tribun de la plèbe. C'était une restriction légale au pouvoir du patron considéré comme magistrat domestique ».

Pour sanctionner la loi Cincia, selon ce système, le tribun intervient, mais seulement en faveur du donateur qui n'a pas réalisé sa donation. M. Girard, critiquant cette doctrine, a formulé contre elle l'objection suivante (5) : « Les tribuns avaient le droit d'intercéder, contre les actions nées de donations qui leur paraissaient critiquables, avant

(1) Cf. Girard, *loc. cit.*, p. 258, note 1.
(2) Sur la date de la loi Aebutia, cf. ci-après, p. 73, n. 3.
(3) Cuq, *Instit. jurid.*, 1, 1891, p. 560 ; 2, 1902, p. 685 et s.
(4) Selon M. Cuq, *loc. cit.*, 1, p. 558, note 3, le patron n'est pas rangé par la loi Cincia parmi les *personae exceptae*. En sens contraire, p. 27, n. 1 et p. 28, n. 1.
(5) Girard, *Manuel*, p. 929, n. 1.

la loi comme après, et ils n'étaient pas plus obligés de le faire après qu'avant » (1).

4. Toutes les difficultés, soulevées par les trois premiers systèmes, disparaissent, si l'on admet que le respect de la loi Cincia fut assuré par une action en répétition donnée au donateur contre le donataire.

Le quatrième système, que nous préférons à tous autres, est en effet celui qui voit dans la *condictio*, ou peut-être plus exactement à l'origine dans la *legis actio per sacramentum*, le moyen de droit qui sanctionna la loi Cincia. Une action en répétition est accordée au donateur contre le donataire, action fondée sur l'enrichissement illégal tiré par le donataire de l'exécution de la donation défendue (2).

Ce procédé par lequel la sanction de la loi Cincia se trouva assurée, fut en cette occasion, selon certains auteurs (3), une trouvaille de la doctrine. Ce fut elle qui donna une sanction à cette *lex imperfecta*, en décidant qu'on accorderait en matière de donations l'action en répétition qu'on voit donnée sans distinction, dès une époque ancienne, pour réclamer la restitution de tous les enrichissements injustes, une *condictio*.

Cette opinion, exprimée par d'excellents auteurs, me semble exposée inévitablement à certaines critiques. Si c'est la doctrine qui trouva dans la *condictio* le moyen de sanctionner la loi Cincia, il est vraisemblable de présumer qu'un espace de temps plus ou moins long s'écoula, avant que la loi reçût une sanction : à moins de supposer que la théorie de la *condictio* fût dès lors suffisamment

(1) En sens contraire : Cuq, *Inst. jurid.*, 2, 1902, p. 685, n. 4.

(2) Girard, *Manuel*, p. 929.

(3) En ce sens, Karlowa, *R. R. G.*, 2, 2, p. 587 et surtout *Der röm. Civilpr.*, pp. 347-352 ; Girard, *Manuel*, p. 929, n. 1.

construite, pour pouvoir exercer son influence dès l'apparition d'une loi. Or nous penserions bien plutôt que cette théorie était à ce moment en pleine construction et que les lois du VI[e] siècle, n'accordant en général que des actions en restitution,devaient en faciliter l'achèvement (1). D'ailleurs cette opinion, qui veut voir dans l'application de la *condictio* à la loi Cincia un résultat de la doctrine, est surtout suggérée par la pensée que la *lex imperfecta* est la loi qui est dépourvue de sanction. Or, comme nous l'avons déjà dit, si la *lex imperfecta*, à la différence des *leges perfectae* et *minus quam perfectae*, ne déclare pas nul l'acte illégal et ne punit pas son auteur, cette dénomination s'applique sans difficulté à une troisième hypothèse, à savoir celle où la loi permet à la victime de l'acte illégal de réclamer ce dont on l'a appauvrie contrairement à la loi. Ce serait donc augmenter, sans motif, la difficulté de supposer que la *lex imperfecta*, et en conséquence la loi Cincia, doit être nécessairement dépourvue de sanction.

Il nous semble plus vraisemblable de penser que, de ce fait que la loi Cincia prohibait les donations dépassant un certain taux, mais, selon les termes mêmes d'Ulpien, ne déclarait pas nulle la donation illégale, le donateur devait exécuter sa donation ; mais, la donation une fois exécutée, il pouvait répéter. Il faut seulement noter que le contrevenant à la loi n'était pas puni : et c'est là la seule différence existant entre la *lex imperfecta* et la *lex minus quam perfecta*, où la victime de l'acte illégal doit exécuter cet acte, mais où la répétition qui lui est ensuite accordée se trouve renforcée d'une *poena*.

(1) Cf. ci-après, p. 34, note 2.

L'action en répétition accordée au donateur contre le donataire était-elle désignée ou non par la loi Cincia : peu importe. Car nous savons que dans les cas où la loi n'avait pas désigné expressément une action pour la sanctionner, on agissait par la *legis actio per sacramentum* : ce qui fait dire à Gaius, 4, 13, que l'*actio sacramenti* était *generalis*.

C'est cette *legis actio per sacramentum* dont le domaine devait être plus tard en partie celui de la *condictio* (1), qui nous semble avoir sanctionné la loi Cincia. Et son application à cette loi est motivée par les mêmes considérations qui expliquent la théorie générale de la *condictio*. L'action en répétition de la loi Cincia trouve son fondement, comme toute *condictio*, dans l'idée d'enrichissement injuste (2). C'était en effet un enrichissement injuste que cette entrée dans le patrimoine du donataire d'une donation, résultat d'une pression de ce donataire sur la volonté du donateur.

Il est en outre vraisemblable que la *condictio* remplaça à partir d'une certaine époque indéterminée, mais postérieure aux lois Silia et Calpurnia (3), la *legis actio per sa-*

(1) Gaius, 4, 20 : *Quare autem haec actio* (*condictio*) *desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oporteat, potuerimus aut sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quaeritur.*

(2) Sur cette conception du fondement de la *condictio*, cf. Mommsen, *Dr. publ.*, tr. Girard, 1, p. 270, n. 1 ; A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 211 et ss. ; Girard, *N. R. hist.*, 1895, p. 413, p. 417 et *Manuel*, p. 610.

(3) Ce sont en effet la loi Silia, en matière de sommes d'argent, et la loi Calpurnia en matière d'autres choses certaines, qui créèrent la *legis actio per condictionem*, pour des cas où, dit Gaius, 4, 20, on pouvait agir auparavant par la *legis actio per sacramentum* ou *per judicis postulationem*. La date de ces lois est ignorée. Les dates de 510 et de 520 qu'on rencontre parfois sont arbitraires : Girard, *Manuel*, p. 981, n. 7. Cependant la loi Silia semble devoir exister au temps de Plaute, si c'est elle qui a établi le serment nécessaire, dont il est fait allusion en matière de *certa pecunia* par divers textes de Plaute, *Rudens*, 14 ; *Persa*, 4, 3, 9 ; *Curculio*, 4, 2, 10. — Quand il s'agit de la loi Cincia, il se peut que la

cramentum en notre matière (1). Nous en trouvons la preuve dans les rares passages du Digeste, qui révèlent l'existence d'une *condictio* donnée au cas de loi Cincia à l'époque classique. Il s'agit bien là d'une *condictio sine causa* au sens large. Et si nous imitions l'essai de classement des *condictiones* fait par les jurisconsultes romains, nous la rangerions parmi les *condictiones ob injustam causam*, parce qu'il s'agit de l'accomplissement d'un acte prohibé par la loi (2).

condictio ait remplacé la procédure par *sacramentum* dès l'apparition de la loi Silia, si l'on admet avec nous (p. 39 et s.) comme vraisemblable que l'application de la loi Cincia aux choses certaines autres que l'argent ne fut que le résultat d'une extension de cette loi, survenue après l'introduction de la procédure formulaire.

(1) La preuve que l'enrichissement injuste pouvait donner lieu, avant l'apparition de la *condictio*, à la procédure par *sacramentum*, résulte de la disposition de la loi Calpurnia sur la répétition des sommes illégalement reçues par les magistrats, rapportée dans la loi Acilia *repetundarum*, ligne 23 (Girard, *Textes*, p. 33) : [*Quei pecuniae captae condemnatus est erit aut quod cum eo lege Calpu*]*rnia aut lege Junia sacramento actum siet*. Girard, *N. R. hist.*, 1895, p. 418 ; 1897, pp. 282-287.

(2) M. Voigt, *Die condictiones ob causam*, p. 227 et p. 560, a objecté aux auteurs qui ont prétendu que la *condictio* appliquée à la loi Cincia fut une trouvaille de la doctrine : que la *condictio ob injustam causam* ne vient que de l'*auctoritas* des jurisconsultes de l'Empire. Je ne crois pas cette objection fondée : cf. Girard, *Manuel*, p. 610, note 3. Cette allégation de M. Voigt semble inadmissible en présence du passage d'Ulpien rapportant que Sabinus, qui vivait au début de l'Empire, déclarait cette idée d'enrichissement injuste, de conservation sans cause, déjà reconnue par les *veteres*. Ulpien, *D.*, 2, 15, *De cond. ob turp.*, 6 (Lenel, *Pal.*, 2591) : *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici : in qua sententia etiam Celsus est.* Après les *veteres*, la même doctrine est appliquée par Ser. Sulpicius chez Neratius, *D.*, 12, 4, *De cond. caus. data*, 8, et elle était probablement exposée par Q. Mucius Scaevola, d'après Pomponius, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 52. Cf. Girard, *loc. cit.* — Tout en considérant l'objection de M. Voigt comme non fondée, nous pensons cependant que la loi Cincia, comme la loi Calpurnia *repetundarum*, et non la doctrine, donnait contre celui qui s'était enrichi injustement une *condictio* ; et que ce furent ces dispositions législatives qui facilitèrent le développement de la théorie de la *condictio* reconnue par les *veteres*.

Il est deux textes juridiques, qui présentent la *condictio* comme sanctionnant la loi Cincia. L'un est de Celsus, *D.*, 39, 5, *De donationibus*, 21, 1 ; l'autre de Paul, *D.*,44, 4, *De doli mali et metus exceptione*, 5, 5.

Le texte de Celsus est extrait du livre 28 de ses *Digesta* (1), où il commençait à étudier les diverses lois romaines, et où, après la loi des XII Tables, il s'occupait de la loi Cincia. Le jurisconsulte expose l'hypothèse suivante : Je vous délègue mon débiteur par voie de promesse ; puis je me repens, avant qu'il y ait eu paiement de sa part. J'ai, dit Celsus, une action rescisoire pour me faire rendre ce qui dépasse le *modus* de la loi, de telle sorte qu'il ne demeure obligé envers vous que pour le reste. Mais si le paiement a eu lieu, j'ai contre vous une *condictio* pour ce qui excède le *modus legis Cinciae* (2).

L'interpolation de ce texte nous paraît évidente. Justinien a sans doute voulu le mettre d'accord avec la théorie nouvelle de l'insinuation ; et à cet effet il a modifié la fin du texte, en y insérant les mots : *in id quod supra modum legis tibi promisit*. Car la donation faite *ultra modum* devait être nulle pour le tout et non seulement pour ce qui excédait le *modus* (3). — Mais il ne faut pas, croyons-nous,

(1) Lenel, *Pal.*, Celsus, 237.

(2) Celsus, *D.*, 39, 5, *de donation.*, 21, 1 : *Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, an sumoveris donationis exceptione necne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitoremeo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum in rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus : sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem.*

(3) Machelard, *Obs. sur la loi Cincia*, 5 : cette opinion s'appuie sur des textes du *D.*,39, 5, *de donat.*, 9, 1 ; 11 et 21. L'interpolation est d'ailleurs

reconnaître une portée plus grande à l'interpolation. Il ne saurait être question ici, comme chez Ulpien, *Fragm. Vatic.*, 266, de *condictio indebiti* (1). Nous nous trouvons en présence d'un cas où, sous la procédure formulaire, ne pouvait s'appliquer l'*exceptio legis Cinciae* : ce qui explique la survivance de la *condictio* dans le texte de Celsus (2). Les compilateurs ont simplement ajouté à la *condictio* une action en paiement de l'excédent contre le débiteur qui n'a pas encore payé.

Le second texte qui nous offre un exemple de l'application de la *condictio* en matière de loi Cincia est un passage de Paul, extrait de son livre 71 *ad edictum*, où le jurisconsulte traitait de l'*exceptio* de dol et de *metus*. A ce propos, il parlait de l'*exceptio legis Cinciae* (3) et probablement des cas où elle pouvait s'appliquer et laissait ainsi libre un champ d'action à la *condictio*. Il prévoyait

évidente, quand on se reporte aux scholies des Basiliques, qui prétendent expliquer la doctrine de Celsus. Machelard, *l. c.*, 65. — En sens contraire, Cuq, *Inst. jurid.*, 2, p. 687, n. 5.

(1) Ulpien, *Fragm. Vatic.*, 266 : *Ulpianus libro 1 ad ed. de rebus creditis. Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem. Quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, nam semper exceptione Cinciae uti potuit, nec solum ipse, verum,ut Proculeiani contra Sabinianos putant, etiam quivis.quasi popularis sit haec exceptio ; sed et heres ejus, nisi forte durante voluntate decessit donator ; tunc enim doli replicationem locum habere imperator noster rescripsit in haec verba.* Dans ce passage, Ulpien donne une *condictio* à celui qui a exécuté une donation *ultra modum* faite par voie de promesse ; mais il s'agit là d'un paiement par erreur, en conséquence d une *condictio indebiti.*

(2) Compar. Gide, *Etudes sur la novation*, 1879, p. 412, n. 3.

(3) Nous pouvons dès maintenant remarquer, eu égard à la place de ce fragment de Paul dans son commentaire sur l Edit (Lenel, *Pal.*, 792), que l'*exceptio* ne laissa subsister la *condictio*, comme sanction de la loi Cincia, que dans les seuls cas où elle ne pouvait suffire au donateur.

l'hypothèse d'une promesse faite par le donateur au créancier du donataire. Si ce créancier agit contre le donateur qui s'est engagé envers lui, le donateur ne pourra opposer l'*exceptio legis Cinciae*, attendu que le créancier ne fait que réclamer son dû. Mais le donateur aura un recours contre le donataire : il pourra intenter contre lui la *condictio* afin que celui-ci le libère, ou qu'il lui rende l'argent, s'il a payé (1).

Dans ces deux cas, rapportés par Celsus et Paul, il ne saurait être question de *condictio indebiti*. Mais certains auteurs ont fait remarquer que les textes, parlant d'une *condictio* sanctionnant la loi Cincia, étaient trop rares, pour qu'on pût voir dans ce procédé le moyen de sanction originaire ; qu'il fallait plutôt voir en lui une création nouvelle, une application récente de la *condictio* à certains cas particuliers de donations.

Cette objection ne nous semble pas fondée. Si la *condictio* a disparu presque complètement en matière de donations

(1) Paul, *D.*, 44, 4, *de doli m. et met. except.*, 5, 5. *Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo : non poterit adversus petentem uti exceptione : quoniam creditor suum petit. In eadem causa est maritus : nec hic enim debet exceptione summoveri, qui suo nomine agit. Nunquid ergo, nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset, nisi jam divertit? Itaque condictione tenetur debitor qui delegavit, vel mulier, ut vel liberet debitorem, vel si solvit, ut pecunia ei reddatur.* — M. Accarias, *Précis de dr. rom.*, 1, 303, veut voir dans cette *condictio* donnée par Paul une *condictio indebiti*. « De même qu'un paiement véritable fait par erreur autoriserait la *condictio indebiti*, de même sera-t-elle possible ici, pourvu que le donateur, au moment où il faisait sa promesse, ait cru rester en deçà du taux de la loi. Il est vrai que cette dernière circonstance n'est pas exprimée par le jurisconsulte Paul, mais Justinien a dû la supprimer pour la mettre d'accord avec la théorie de l'insinuation. » On ne saurait voir ici, selon nous, une erreur, et par suite une *condictio indebiti*. Puisque la loi protège le donateur direct, le donateur par voie indirecte a dû pouvoir aussi prévenir, au moyen de la *condictio*, le préjudice que pourrait lui causer l'exécution de la promesse.

à l'époque des jurisconsultes classiques, ce changement tient à trois causes importantes.

En premier lieu, la *condictio* devait voir son champ d'application très restreint quand, à l'époque de la procédure formulaire, une exception fut donnée au donateur pour repousser le donataire. Cette exception a été admise ici, comme en matière de loi Plaetoria, au profit de la personne qui avait une action, en vertu de l'idée selon laquelle le droit de répéter entraîne celui de ne pas payer. Or, cette exception une fois admise, la *condictio* devait disparaître, en vertu du principe de logique selon lequel le moyen de droit le plus simple se substitue au moyen plus compliqué, dans tous les cas où elle devait se trouver en concours avec cette exception (1) : et ces cas durent être les plus nombreux.

La *condictio* vit en second lieu son champ d'application restreint « par suite de la conformation doctrinale prise à l'époque classique par la théorie des *condictiones* » (2).Les essais de classement des *condictiones*, venant des jurisconsultes, eurent pour effet de réagir sur les règles de l'ancienne *condictio*. Ils y apportèrent peut-être quelques extensions, mais surtout des restrictions (3). En effet les jurisconsultes s'efforcèrent de distinguer progressivement, aux lieu et place d'une *condictio* unique, des catégories de *condictiones* subordonnées à des conditions spéciales. Ils arrivèrent ainsi « à remplacer le domaine ancien de la *condictio* par de multiples petits domaines dont les frontières n'étaient pas parfaitement arrêtées, mais entre lesquels il restait des places vides ». C'est ainsi qu'ils

(1) En sens contraire, Cuq, *Inst. jurid.*, 2, 1902, p. 688, n. 1.
(2) Girard, *Manuel*, pp. 931 et 932, n. 1.
(3) Pernice, *Labeo*, 3, pp. 215-219 ; 229-232.

arrivèrent « à rétrécir le champ total de la *condictio*, à supprimer les applications qui ne rentraient dans aucun des cercles nouveaux » (1).

Il est enfin une troisième raison qui peut vraisemblablement expliquer le peu d'étendue du champ d'application de la *condictio* que sanctionne la loi Cincia, à l'époque classique. Peut-être la loi Cincia ne s'est-elle rapportée à l'origine qu'à des cas de donations de sommes d'argent ; et l'extension de ses prescriptions aux donations d'autres choses n'a peut-être été que l'œuvre de la jurisprudence et du préteur, sous la procédure formulaire. On comprendrait alors que la *condictio*, ne s'étant appliquée qu'aux donations de sommes d'argent, ne soit en définitive signalée, après avoir vu encore son domaine restreint par l'exception, que dans de rares passages du Digeste. A l'appui de cette conjecture, nous pouvons signaler la complexité et le jeu embarrassé des instruments de procédure, destinés à paralyser les effets d'une donation illégale, portant sur autre chose que de l'argent. Les prescriptions de la loi Cincia ne pourront y être observées qu'à l'aide d'actions ou d'interdits, présupposant eux-mêmes l'existence d'une *exceptio legis Cinciae*. L'exception suffira, lorsque le donataire agira en revendication contre le donateur resté possesseur, comme cela pouvait se faire, par exemple, au cas de mancipation sans tradition : car la donation n'aura pas encore été exécutée. Mais une fois exécutée, les procédés

(1) Girard, *loc. cit.*, p. 932, n. 1. Cette transformation de la théorie des *condictiones* aboutit en réalité « à changer la portée de la loi, à la transformer pratiquement de loi prohibant les donations supérieures à un certain taux en loi les soumettant à des formes spéciales ». — C'est cette transformation qui, ayant complètement échappé à de Savigny (*Traité du dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 562), lui fait déclarer qu'on se trouve en présence d'une *lex imperfecta*, lorsque, pour s'opposer à un acte juridique, la loi exige seulement des formes plus difficiles.

se compliquent. Par exemple, si la donation a pour objet une chose mobilière, le donateur pourra la réclamer par l'interdit *utrubi*, tant qu'il pourra démontrer qu'il l'a possédée plus longtemps que le donataire dans l'année qui précède la demande : et le donataire agissant en revendication se verra ensuite repoussé par l'*exceptio legis Cinciae*, invoquée par le donateur, redevenu possesseur(1). Même complication, s'il s'agit d'une donation par transfert de propriété et si le donateur a fait seulement tradition d'une chose *mancipi* : il la revendiquera et il paralysera l'*exceptio rei donatae et traditae* du donataire par la réplique de la loi Cincia (2). Dans toutes ces hypothèses, les instruments de procédure dont se sert le donateur pour recouvrer la chose donnée, action en revendication ou interdit, supposent la mise en action finale de l'*exceptio legis Cinciae*. Il n'est donc pas téméraire de penser que ces donations de choses, autres que l'argent, n'ont été soumises à la loi que du jour où l'exception exista, c'est-à-dire sous la procédure formulaire : cette extension dut être l'œuvre du préteur. Dans tous autres cas en effet, où il n'y avait pas possibilité d'un procès sur lequel pût se greffer l'*exceptio legis Cinciae* dans une forme ou une autre, comme exception, duplique ou réplique, il était impossible au donataire de recouvrer la chose qu'il avait donnée. C'est ce qui arrivait, par exemple, toutes les fois que le donataire avait obtenu sur la chose à la fois une

(1) Paul, *Fragm. Vatic.*, 316, rapproché de 310. Ce moyen peut aussi appartenir à celui qui a exécuté par le paiement d'objets mobiliers une donation faite par formation d obligation. Girard, *Manuel*, p. 930, n. 3. — Cf. aussi sur l'emploi de l'interdit *utrubi* en matière de donations, Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 560, n. 2.

(2) Papinien, D., 20, 6, *Quib. modis pignus vel hypothec.*, 1, 1 (Lenel, *Pal.*, 657).

propriété civile et une possession qu'aucune voie de droit commun n'autorisait à lui reprendre (1).

Il serait dès lors facile de comprendre que la *condictio*, ne s'étant appliquée qu'à des cas de donations de sommes d'argent, ne nous soit signalée que par de rares passages du Digeste, qui visent de telles donations (2). Son domaine une fois absorbé en grande partie par l'exception et restreint encore par les essais de classement des *condictiones*, la *condictio* ne subsista plus à l'époque classique que dans des hypothèses de donations de sommes d'argent, où l'*exceptio legis Cinciae* ne pouvait pas protéger le donateur (3).

(1) Girard, *loc. cit.*, p. 931.

(2) Les deux textes qui nous parlent de la *condictio* comme sanction de la loi Cincia, sont relatifs à des hypothèses de donations de sommes d'argent : Celsus, *D.*, 39, 5, *De don.*, 21, 1, et Paul, *D.*, 44, 4, *De except. doli*, 5, 5. — On pourrait toutefois objecter que, dans des cas où l'exception de la loi Cincia ne peut pas toujours protéger le donateur, et où cependant il s'agit de donations de sommes d'argent, la *condictio* n'apparait pas dans les textes : par exemple, quand la donation par remise de dette avait été réalisée par voie d'acceptilation ; par exemple encore, quand le donateur a fait une donation en payant la dette d'autrui, ou en se portant débiteur à sa place, ou en lui cédant sa créance par voie de novation ou de *litis contestatio*. — Malgré l'absence des textes, on pourrait admettre l'existence d'une *condictio* au cas de paiement pour autrui, où la situation est identique à celle visée par Celse (cf. *supra*, p. 35), et peut-être aussi au cas d'acceptilation où la constitution de Dioclétien, *C.*, 8, 43, *De acceptil.*, 2, pourrait avoir été remaniée. Girard, *Manuel*, p.931, n.3 En tout cas, s'il existe des hypothèses où la *condictio* ne s'appliquait pas aux donations de sommes d'argent, cette restriction de son champ d'application résulterait, comme nous l'avons dit, des essais de classement des *condictiones*, venant des jurisconsultes de l'époque classique (cf. *supra*, p. 38). Mais ceci n'infirmerait en rien notre raisonnement relatif à l'inapplication de la *condictio* aux donations de choses, autres que l'argent, et à l'extension de la loi Cincia à ces donations au moyen d'instruments de procédure compliqués, caractéristiques d'un développement postérieur.

(3) Contrairement à ce que pense M. Karlowa, *Röm. Civilprozess*, p. 350, qui dénie toute efficacité à la loi Cincia (cf. p. 22), nous croyons que le but de notre loi, qui était de combattre la pression présumée du donataire sur le donateur, était atteint. Il était en effet à craindre que le

II. — Considérons maintenant l'application de la loi Cincia aux honoraires des avocats. On prétend communément qu'ils étaient soumis à des règles contenues dans un chef spécial de la loi : cette opinion vient, pour la plupart des auteurs, de ce qu'ils pensent que la loi Cincia fut sanctionnée par des moyens de droit différents, suivant qu'il s'agissait des donations entre particuliers ou des honoraires des avocats. Recherchons donc la sanction de la loi dans cette dernière hypothèse.

Nous n'avons sur ce sujet des honoraires *ob causam orandam* que des textes de Dion Cassius, de Suétone, de Pline le Jeune et de Tacite, qui tous se rapportent à l'époque impériale (1). Nous n'avons aucun texte concernant l'époque républicaine ; nous ne pouvons procéder que par analogie avec une catégorie de lois qui entraînèrent, à notre avis, dans leur évolution les prescriptions de la loi Cincia, s'appliquant aux honoraires des avocats : je veux parler des *leges repetundarum* (2).

A l'époque impériale, il y a application de ces *leges repetundarum* aux avocats qui ont reçu de l'argent ou des présents *ob causam orandam*. Tous les textes que nous avons sur la matière en témoignent. Le premier que nous rencontrons fait allusion à une décision prise par l'empereur Auguste, en l'an 737/17, sous le consulat de C. Fur-

donateur fortement influencé ne cédât une portion importante de ses biens. On ne concevrait guère au contraire que la pression pût s'exercer assez fréquemment sur la volonté d'une personne raisonnable, pour faire passer aux mains de donataires nombreux une fortune fractionnée en donations n'excédant pas le taux légal.

(1) Dion Cassius, *Hist. romaine*, 54, 18 ; Suétone, *Vit. Neronis*, 7 ; Pline le Jeune, *Lettres*, 5, 21 ; Tacite, *Ann.*, 11, 5. 13, 42. 15, 20.

(2) Sur l'analogie existant entre la loi Cincia et les *leges repetundarum*, cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 705 et s., suivi par Girard, *Manuel*, p. 933, n. 3.

nius et de C. Silanus. Auguste, rapporte Dion Cassius, voulut que les orateurs plaidassent sans recevoir d'honoraires, sous peine de payer le quadruple de ce qu'ils auraient reçu (1). Nous sommes loin ici de la sanction de la loi Cincia, en ce qui concerne les donations entre particuliers. La *poena Cinciae legis adversum eos qui pretio causas oravissent*, est sans doute celle que la loi Julia *repetundarum* portait contre les magistrats, qui recevaient des présents (2). Elle établit une différence capitale entre les dons faits à des particuliers et ceux faits à des avocats : en tant qu'elle se rapporte à ces derniers, la loi Cincia, sanctionnée par la peine du quadruple, est une *lex minus quam perfecta* (3).

(1) Dion Cassius, *Hist. rom.*, 54, 18 : Καὶ τοὺς ῥήτορας ἀμισθὶ συναγορεύειν, ἢ τετραπλάσιον ὅσον ἂν λάβωσιν ἐκτίνειν, ἐκέλευσε.

(2) On ne connait pas avec certitude le montant de la peine édictée par la loi Julia *repetundarum*, rendue en 695/59, sous le premier consulat de César. On sait seulement qu'elle renforça la peine qui avait été édictée antérieurement par les lois Acilia et Servilia. Mommsen, *Strafrecht*, p. 708 et s. Mais on sait d'une part que la loi Acilia imposait au condamné en matière de *repetundae* la peine de la restitution du double ; et d'autre part, que les lois qui étaient de même portées contre les agissements des magistrats et qui sont vraisemblablement de la même époque, notamment la loi Julia *peculatus*, *D.*, 48, 13, *Ad leg. Juliam pecul.*, 13, punissaient le coupable de la peine du quadruple. La fixation de la peine de la loi Julia *repetundarum* au quadruple, semble donc assez vraisemblable.

(3) Cf. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 586. Mais cet auteur pense que, pour le chef des honoraires des avocats, la loi Cincia fut dès le principe une *lex minus quam perfecta*. Quant à M. Voigt, *Jus naturale*, 1875, 3, 728, n. 118, cet auteur déclare que la défense faite aux avocats de recevoir des honoraires, ne fut sanctionnée pour la première fois que par Auguste. En ce sens : Zumpt, *Crim. Proc.*, p. 94 et s. — La *poena*, élément essentiel de la *lex minus quam perfecta*, est visée dans le texte de Dion Cassius, déjà cité, et dans un passage de Tacite, *Annales*, 13, 42, dans lequel il est dit que, pour accabler P. Silius, redoutable délateur sous le règne de Claude, on renouvela le sénatus-consulte d'Auguste et la peine de la loi Cincia. *Ejus opprimendi gratia repetitum credebatur senatusconsultum poenaque Cinciae legis adversum eos qui pretio causas oravissent.*

Il y a alors, en ce qui concerne les avocats, assimilation de la loi Cincia avec les *leges repetundarum* : on y rencontre, ce nous semble, la même peine, la même procédure (1). Tacite rapporte que, pour attaquer Suilius, un des favoris de Claude, et pour provoquer sa mise en jugement, les sénateurs demandèrent l'exécution de l'antique loi Cincia (2). Et, après le discours du consul désigné Silius, on prépara une *sententia qua lege repetundarum teneretur*.

En avait-il toujours été ainsi : cette profonde analogie de la loi Cincia avec les *leges repetundarum*, existait-elle à l'époque républicaine ? Nous n'avons aucun texte à ce sujet. Mais il faut remarquer que l'idée de *poena*, qui sous l'Empire est le trait commun de la loi Cincia et des *leges repetundarum*, ne s'est introduite en matière de *repetundae* que sous l'influence des Gracques par la loi Acilia de 631/123 ou 632/122. L'action en répétition de l'argent reçu injustement par le fonctionnaire, accordée auparavant par les lois Calpurnia et Junia, n'est pas une action pénale (3) : c'est la *condictio* visant la restitution de la chose ou de son équivalent, la *condictio sine causa* au sens large, basée sur l'enrichissement injuste (4).

(1) Mommsen, *Strafrecht*, p. 721. — La procédure dont il s'agit ici est celle des *quaestiones*.

(2) Tacite, *Ann.*, 11,5 : *Consurgunt patres, legemque Cinciam flagitant, qua cavetur antiquitus, ne quis, ob causam orandam, pecuniam donumve accipiat*. — Lors de la mise en jugement de Claudius Timarchus, Paetus Thraséa, dans un discours sur le bien public, unit la loi Cincia aux *leges repetundarum*. Tacite, *Ann.*, 15,20. L'analogie entre les *leges repetundarum* et la loi Cincia apparait encore dans les termes de *pecunias* ou *munus accipere*, employés par ces lois. Festus, V° *Muneralis* ; Tacite, *Ann.*, 11, 5. Pour les *leges repetundarum*, *D.*, 1, 16, 6, 3 ; 48, 11, 6, 2 ; 48, 11, 1, 11.

(3) Cf. loi Acilia *repetundarum*, ligne 59 (Girard, *Textes*, p. 37).

(4) Voir ci-après, p. 47 et s., l'étude des lois Calpurnia et Junia.

Ici un rapprochement s'impose : la *condictio*, donnée par les lois Calpurnia et Junia, est la même action en répétition que nous avons vue sanctionner la prohibition des donations entre particuliers. C'est pourquoi, ces divers points une fois établis, la conjecture la plus vraisemblable, en ce qui concerne l'application de la loi Cincia aux honoraires des avocats, me paraît être la suivante : à l'origine, la loi Cincia, dans une disposition unique et générale, défendait à tout citoyen de recevoir des dons, s'il ne se trouvait pas au nombre des *personae exceptae*. Ces prescriptions s'appliquaient aussi bien aux avocats, aux magistrats, aux fonctionnaires qu'aux particuliers. On ne voulait pas que la donation fût le résultat d'une pression du donataire sur la volonté du donateur. Mais ces dispositions légales ne protégeaient vraisemblablement que les citoyens, et non les pérégrins (1). C'est pourquoi, à la suite d'accusations retentissantes de concussions, portées par des pérégrins contre des gouverneurs romains, notamment dans les deux provinces d'Espagne, on étendit aux provinces le bienfait de la loi Cincia : la législation des *repetundae* était née. Mais n'ayant en vue que les magistrats et les fonctionnaires, elle devait bientôt se différencier de la loi Cincia et subir le contre-coup des révolutions politiques. C'est ainsi que C. Gracchus, par la loi Acilia, substitua à l'action en répétition au simple, telle qu'elle apparaît à

(1) L'extension de la loi Cincia aux Latins et aux pérégrins n'aurait eu lieu que sous la procédure formulaire, par suite de l'existence à côté de l'*exceptio legis Cinciae* d'une *exceptio in factum*, visée par Paul, *Fragm. Vatic.*, 310. Cette explication proposée par Huschke (à ce fr., *Jurisprud. antejustin.*) et admise par Lenel, *Ed. perpet.*, p 406, n. 13, nous semble préférable à celle de Rudorff, *De jurisdict. edict.*, § 290, n. 1, qui rattache l'*exceptio in factum* à la distinction indiquée par Paul, *D.*, 1, 3, *De legibus*, 29, entre l'acte fait à l'encontre d'une loi et celui fait en fraude de cette loi.

l'exemple de la loi Cincia dans les lois Calpurnia et Junia, une action pénale, qui impose au condamné de la *lex repetundarum*, comme au condamné pour vol, la peine de la restitution du double (1).

Après cette introduction de la *poena* dans la législation des *repetundae*, celle-ci devait agir à son tour sur la loi Cincia et modifier sa sanction dans ses cas d'application, qui se rapportaient plus au droit public qu'au droit privé. On tendit à assimiler aux magistrats et aux fonctionnaires qui recevaient des présents, les avocats qui se faisaient payer des honoraires : ceux-ci en effet étaient de plus en plus considérés comme remplissant une fonction publique. Au lieu de les comprendre dans un chapitre des *leges repetundarum*, qui ne les avaient jamais visés, on les considéra comme demeurant soumis aux prescriptions de la loi Cincia, dont on modifiait la procédure et la sanction (2). Dès lors, la loi Cincia a deux chefs bien distincts : l'un relatif aux donations entre particuliers ; l'autre relatif aux honoraires des avocats. De *lex imperfecta* qu'elle avait toujours été, la loi Cincia devint, dans ce dernier cas, une *lex minus quam perfecta*.

(1) Mommsen, *Strafrecht*, p. 728.— Comme le fait remarquer cet auteur, les éléments de fait du délit restant les mêmes et toute acceptation de présents, même sans intention coupable, tombant sous le coup de la loi, l'acharnement contre l'aristocratie a fait méconnaître ici la justice et l'équité.

(2) Ces diverses modifications furent sans doute l'œuvre du sénatusc. d'Auguste, rapporté par Dion Cassius. Elles durent porter aussi sur le taux maximum des dons, qu'à l'exemple des *leges repetundarum* on dut supprimer. On ne saurait tirer argument de ce que Tacite, *Ann.*, 11, 15, parlant de l'ancienne loi Cincia, ne mentionne pas ce taux : car à son époque il était supprimé et n'avait d'ailleurs apparu que comme une limitation d'un principe général. Cf. Festus, V° *Muneralis* : *Muneralis lex vocata est, qua Cincius cavit ne cui liceret munus accipere.* Il est vraisemblable aussi que l'on maintint en faveur des avocats la liste des *personae exceptae*, établie à l'instar de la loi Cincia par la *lex Julia repetundarum*, *D.*, 48, 11, *De lege Julia repet.*, 1, 1.

B. — *Les leges repetundarum Calpurnia et Junia.*

Les lois Calpurnia et Junia sont les premières en date parmi les lois, plusieurs fois modifiées, qui ont formé la législation des *repetundae*. Anciennement, à Rome, si le fonctionnaire ou le magistrat avait reçu des présents, il était considéré comme ayant agi contre les bonnes mœurs, mais non contre le droit. Sans doute la loi Cincia de 550 s'appliqua à eux, comme à tous autres citoyens. Mais son champ d'action ne devait pas vraisemblablement s'étendre aux Latins et aux pérégrins (1). Or c'était surtout ceux-ci, qui avaient à craindre la pression des fonctionnaires romains, avides de richesses. Ce fut à la suite des accusations portées devant le Sénat en 583/171 contre des gouverneurs romains pour concussion dans les deux provinces d'Espagne et à la suite d'autres procès semblables (2), que fut votée en 605/149 un plébiscite présenté par le tribun Calpurnius Pison sur l'invitation du Sénat, et appelé pour cette raison loi Calpurnia (3). Elle défendait aux magistrats de recevoir de l'argent. Elle fut bientôt suivie par la loi Junia dont nous ne connaissons que le nom (4).

(1) Cf. ci-dessus, p. 45, n. 1.

(2) Mommsen, *Strafrecht*, p. 707.

(3) Cicéron, *Brut.*, 27, 106 : *Quaestiones perpetuae hoc* (*C. Papirio Carbone cos. a.* 634) *adulescente constitutae sunt, quae antea nullae fuerunt* : *L. enim Piso tribunus plebis legem primus de pecuniis repetundis Censorino et Manilio cos.* (*a.* 605) *tulit.*

(4) On ne peut fixer nettement la date à laquelle se place la loi Junia entre l'an 605 et l'an 632. Le nom de cette loi ne nous est connu que par la ligne 23 de la loi Acilia *repetundarum* de l'an 632 (Girard, *Textes*, p. 33). « Elle ne peut être du tribun de 628, M. Junius Pennus, comme paraît le croire M. Karlowa, qui le dit, *Röm. Rechtsgesch.*, 1, p. 432, probablement de l'an 628 ; car le père de M. Junius Pennus portait le prénom de Marcus (Cicéron, *Brut.*, 28, 109) et la loi Acilia nous apprend,

Il est parlé de ces deux lois Calpurnia et Junia dans la ligne 23 de la loi Acilia *repetundarum* de l'an 631/123 ou 632/122 :

Quei pecuniae captae condemnatus est erit aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Junia sacramento actum siet, aut quod h. l. nomen *delatum siet* (1).

Bien qu'on ait émis des doutes sur le point de savoir si le mot *sacramento* se rapportait aux deux lois ou seulement à la loi Junia (2), il me semble plus vraisemblable

ligne 74, que l'auteur de la loi Junia s'appelait M. Junius, D. *f.* Suivant une conjecture de Borghesi, *Opp.*, 5, p. 169, qui est vraisemblable, mais qui n'est que vraisemblable, il faudrait l'attribuer au consul de l'an 645, M. Junius Silanus, qui, en sa qualité d'homme nouveau, peut avoir parcouru lentement la carrière des honneurs et avoir été tribun, dès l'an 620, par exemple, suppose Mommsen, *C. I. L.*, 1, p. 55. » Girard, *N. R. hist.*, 21, 1897, p. 283, n. 1.

(1) Girard, *Textes*, p. 33 ; *C. I. L.*, 1, 198.

(2) En ce sens, Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 233. M. Pernice entend le texte de telle façon que le mot « *sacramento* » ne se rapporterait qu'à la loi Junia. Cette explication, admissible grammaticalement, a pour but d'identifier la loi Calpurnia *de repetundis* avec la loi Calpurnia qui, selon Gaius, 4, 19, introduisit la *condictio de omni certa re*. On pourrait répondre à ce sujet que, si la loi Calpurnia avait établi pour les *repetundae* la procédure plus simple, moins rigoureusement romaine par ses origines, de la *condictio*, on ne comprendrait pas comment la loi Junia serait venue mettre à la place ou à côté la procédure du *sacramentum*. Girard, *N. R. hist.*, 1895, 418 et s. En tout cas, cela n'empêche pas d'admettre que la loi Calpurnia ait établi une procédure civile. Comme le pense M. Girard, *N. R. hist.*, 21, 1897, p. 284, n. 4 ; l'emploi de la *legis actio sacramenti* dans ce cas ne soulève même pas d'obstacle rationnel, pour les nombreux auteurs qui refusent en principe la *legis actio* aux pérégrins (En ce sens, Schmidt, *Z. S. St.*, 9, 1888, p. 139. Wlassak, *Processgesetze*, 2, p. 188). En effet, ils l'intenteraient là en vertu d'une loi spéciale expresse, la leur concédant à tous, *ratione materiae*, en matière de *repetundae*, comme certains pourraient même l'avoir reçue plus largement, en vertu de leurs traités, *ratione personae* : car il est impossible d apercevoir pourquoi la concession expresse de la *legis actio* serait plus impraticable que celle du *commercium*. On peut supposer, avec M. Mommsen, *Z. S. St.*, 12, 278, n. 1 une fiction de la cité analogue à celle de Gaius, 4, 37 ; mais cela ne paraît même pas nécessaire. Sur tous ces points et sur l'appréciation de

d'admettre que dans ces deux lois le procès s'intentait dans la forme de la *legis actio sacramenti*.

C'est là la *legis actio* que nous avons déclaré de même sanctionner la loi Cincia. Nous avons déjà indiqué, dans une courte esquisse, les points de rapprochement de ces diverses lois. Il nous faut maintenant insister sur la nature et la portée de ces *leges repetundarum*. Elles avaient pour but d'empêcher le magistrat, le fonctionnaire d'exercer une pression sur la volonté de ceux qui se trouvaient en relations avec lui. Comme la loi Cincia, elles ne recherchaient pas si l'intention du donataire était coupable ou non. La pression était présumée toutes les fois que le magistrat avait reçu : et ce caractère subsista, même après l'introduction de la *poena* dans les *leges repetundarum* (1). — Comme la loi Cincia, la *lex repetundarum*, désireuse d'interpréter dans la mesure du possible la volonté du magistrat, exceptait de sa défense certaines personnes, sur lesquelles on ne concevait pas de pression possible de sa part, vu les sentiments d'affection qui les unissaient réciproquement (2).

Comme la loi Cincia, les deux lois Calpurnia et Junia sont des *leges imperfectae*. Elles répondent parfaitement à la définition de la *lex imperfecta* : elles ne déclarent pas nul l'acte illégal consistant dans le fait de la part du magistrat de recevoir de l'argent ; elles ne punissent pas l'auteur de cet acte ; mais elles permettent à la victime de

la conjecture de Klenze, *Fragm. leg. Serviliae*, p. 13, cf. Girard, *l. c.*, p. 284, n. 4, *in fine*.

(1) Mommsen, *Strafrecht*, p. 728.

(2) Une liste de *personae exceptae* est donnée par la loi Julia *repetundarum*, *D.*, 48, 11, *De leg. Julia repet.*, 1, 1. Il est très vraisemblable, par analogie avec la loi Cincia, qu'il exista une pareille liste, dès la formation de la législation des *repetundae*.

réclamer ce dont on l'a appauvrie, contrairement à la loi. L'action en répétition sera la *legis actio sacramenti*, ou, pour employer une terminologie postérieure, la *condictio*, basée sur l'idée d'enrichissement injuste.

Il est en effet de plus en plus admis (1) que les deux lois Calpurnia et Junia, à la première desquelles on rattache l'origine du système des *quaestiones perpetuae*, n'ont pas eu pour caractère d'organiser des tribunaux répressifs mis à la place des comices judiciaires, et chargés de prononcer des peines publiques contre des crimes. Ces lois ont simplement permis, au profit de particuliers lésés, des poursuites privées contre des magistrats concussionnaires. « Le procès est un procès civil intenté en vertu d'une créance civile, devant les tribunaux civils, suivant les formes des procès civils (2) ». L'objet du procès n'est pas de faire prononcer la mort ou une amende au profit de l'État ; il est de faire rendre aux sujets qui l'intentent ce qui leur a été enlevé par des magistrats malhonnêtes. Le montant de l'action est ici au simple (3). L'autorité compétente n'est pas celle qui exerce la juridiction criminelle ; c'est celle à laquelle sont déférés de droit commun et sont même seuls déférés à cette époque les procès civils : le préteur et, puisqu'il s'agit de procès intentés par les péré-

(1) Girard, *N. R. hist.*, 1897, p. 283.— V. dans le même sens, Mommsen, *Dr. publ. romain*, tr. fr., 1, p. 192.3, p. 256 et ss. ; Keller, *Röm. Civilpr.*, § 16, n. 226 ; Maynz, *N. R. hist.*, 6, 1882, p. 2, n. 5 ; Voigt, *Röm. Rechtsgesch.*, 1, pp. 710 et 711 ; Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 233 ; autres auteurs cités sous Girard, *l. c.*, n. 2.

(2) Girard, *l. c.*, p. 286, auquel nous avons emprunté, presque littéralement, ce paragraphe en entier.

(3) Loi Acilia *repetundarum*, ligne 59 (Girard, *Textes*, p. 37) : [*Quod ante h. l. rogatam consilio probabitur captum coactum ab*]*latum aversum conciliatumve esse eas res omnis simpli, ceteras res omnis, quod post hance legem rogatam co*[*nsilio probabit*]*ur captum coactum ablatum aversum conciliatumve esse, dupli.*

grins, le préteur pérégrin (1). Enfin le procès ne s'intente pas davantage dans la forme observée depuis des siècles pour les procès criminels, dans la forme d'une *cognitio* du magistrat suivie le cas échéant d'une *provocatio ad populum*. Il s'intente dans la forme que Gaius indique comme étant au temps des Actions de la loi, celle de tous les procès civils pour lesquels une loi spéciale n'avait pas établi une procédure différente (2), dans la forme de la *legis actio sacramenti* (3).

Il résulte donc, ce nous semble, de cette démonstration et de nos explications relatives à la loi Cincia, que nos deux lois Calpurnia et Junia doivent être comprises parmi les *leges imperfectae*. La *lex repetundarum* ne se transforma d'*imperfecta* en *minus quam perfecta* que sous l'influence des Gracques, par la loi Acilia, qui substitua à l'action en répétition au simple une action pénale, imposant au magistrat concussionnaire la peine de la restitution du double.

Cette substitution d'une action pénale à l'action en répétition au simple est contraire à ce qui se passe communé-

(1) C'est encore au préteur pérégrin à qui la ligne 16 de la loi Acilia laisse la présidence de la *quaestio* pour l'année courante, tandis qu'elle a plus tard à sa tête un préteur spécial, probablement en vertu de cette loi : Mommsen, *Dr. publ. rom.*, tr. fr., 3, p. 229, n. 1 ; Girard, *N. R. hist.*, 1897, p. 284, n. 2.

(2) Gaius, 4, 13. — Comparer avec ce que nous avons dit au sujet de la loi Cincia, p. 33.

(3) M. Girard, *l. c.*, pp. 284 et 285, ajoute : « Il n'est même pas certain à notre sens, que, comme on l'admet d'ordinaire, la procédure se soit distinguée, dès le temps des lois Calpurnia et Junia, des procédures civiles habituelles par la participation du magistrat à la sentence, — pas plus d'ailleurs qu'il n'est directement établi que, comme le veut la doctrine la plus répandue, cette sentence fut rendue par des récupérateurs. » A cet effet, cf. Girard, *l. c.*, p. 285, n. 1. — Sur l'importance des lois Calpurnia et Junia pour la détermination de la date de la loi Aebutia, cf. Girard, *l. c.*, p. 286 et ss.

ment en droit romain (1). D'ordinaire, le rapport délictuel précède le rapport contractuel. Il n'en est pas ainsi en notre matière. C'est qu'à l'origine la conscience populaire n'était pas révoltée en présence des actes qui provoquèrent dans la suite le vote de la loi Cincia et des *leges repetundarum*. On n'avait pas encore dégagé cette idée morale que l'on ne devait pas, par une pression exercée sur la volonté du donateur, se faire donner des présents. Les manœuvres, les menaces mêmes par lesquelles on avait déterminé une personne à faire un acte étaient absolument impunies. Le délit de dol, le délit de metus n'existaient pas (2). Aussi ne doit-on pas s'étonner qu'une simple *condictio*, basée sur l'enrichissement injuste, ait rendu tant de services en notre matière. C'était là une heureuse occasion pour la théorie de l'*injusta causa* d'étendre son champ d'application. La loi Cincia, suivie par les lois Calpurnia et Junia, est le premier éveil de la conscience populaire contre les actes de pression : elles aboutissent toutes à l'exercice d'une *condictio*.

(1) Si l'idée de *poena* ne s'introduit pas dans ces lois avant la loi Acilia, le fait d'avoir reçu de l'argent en contravention aux lois est déjà condamné par les bonnes mœurs. Le censeur intervient dans ce cas, en vertu de son pouvoir étendu de *regimen morum*, pour infliger la *nota censoria*. Cicéron, *Pro Cluentio*, 43 : *Primum judices, senatores equitesque romani in compluribus jam reis, quos contra leges pecunias accepisse subscriptum est, suae potius religioni, quam censorum opinioni paruerunt.* Les termes généraux de ce texte pourraient amener à admettre avec vraisemblance l'intervention du censeur dans les cas visés par la loi Cincia.

(2) La pression du donataire sur la volonté du donateur. que voulaient combattre les lois Cincia, Calpurnia et Junia, serait rentrée dans la suite, si ces lois avaient fait défaut, dans la notion de la *metus* ou du dol, selon que la volonté eût été plus ou moins contrainte.

C. — Autres *leges imperfectae.*

La loi Cincia et les *leges repetundarum* Calpurnia et Junia sont les seules lois, qui peuvent être rangées avec certitude, ce nous semble, parmi les *leges imperfectae*, accordant à la victime de l'acte illégal une action en répétition au simple, exercée d'abord par *sacramentum*, ensuite par *condictio*.

1. Il se peut cependant que d'autres lois aient eu le même caractère. Il en fut ainsi vraisemblablement de la loi Publicia, citée par Macrobe (1), qui se trouve dans une grande analogie avec la loi Cincia dont elle restreint la liste des *personae exceptae* (2). Cette loi défendait aux affranchis de donner à leurs patrons, ou plus exactement, défendait aux patrons de recevoir de leurs affranchis autre chose que des flambeaux de cire.

2. On s'est encore demandé s'il ne fallait pas ranger parmi les *leges imperfectae* la loi Genucia (3), de l'an 412/342, qui interdit totalement le prêt à intérêt (4).

(1) Macrobe, *Saturn.*, 1, 7, 33. *Illud quoque in litteris invenio, quod, cum multi occasione Saturnaliorum per avaritiam a clientibus ambitiose munera exigerent, idque onus tenuiores gravaret, Publicius tribunus plebi tulit, non nisi ditioribus cerei missitarentur.*

(2) Cf. p. 23, n. 1. — En ce sens, Girard, *Manuel*, p. 933, n. 4. En sens contraire, Cuq, *Instit. jurid.*, 1, p. 557, n. 1.

(3) Bibliographie. — De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 115 et s. ; Huschke, *Nexum*, p. 123 et s. ; Voigt, *Condictiones ob causam*, p. 234 ; *Röm. Rechtsgesch.*, 1892, 2, p. 712 et s. ; Karlowa, *Röm. Civilprozess*, p. 195 et s. ; Cuq, *Instit. jurid.*, 1, 1891, p. 379 et p. 631.

(4) Tite-Live, 7, 42, 1 : *Invenio apud quosdam, L. Genucium, tribunum plebis, tulisse ad populum, ne faenerare liceret.* Appian., *B. C.*, 1, 54 ; Tacite, *Ann.*, 6, 16. — Le taux de l'*unciarium faenus*, prescrit par les XII Tables et rappelé par une loi Duilia Moenia de l'an 397/357 n'avait pas été longtemps respecté. En 407/347, le taux de l'intérêt fut abaissé à la moitié, *semunciarum faenus*, à 4,17 0/0 : Tite-Live, 7, 27, 3 ; Tacite,

Les auteurs la considèrent tantôt comme une *lex imperfecta*, tantôt comme une *lex minus quam perfecta*. Selon les uns, ce serait une *lex minus quam perfecta*, qui infligerait au prêteur à intérêt une peine dont le montant serait poursuivi à l'aide d'une procédure pénale édilicienne (1), ou, d'après de Ihering (2), qui menacerait de la peine du quadruple quiconque contrevenait à ses dispositions. Selon d'autres (3), ce serait une *lex imperfecta*, qui aurait trouvé sa sanction dans les prescriptions de la loi Marcia *de usuris*. Selon d'autres enfin, qui placent à tort, ce nous semble, la loi Marcia avant la loi Genucia (4), cette seconde loi n'aurait eu pour objet que de compléter et d'empêcher la violation de la loi Marcia, dont elle aurait emprunté la sanction.

Ces diverses solutions ne semblent pas pouvoir résister à un examen sérieux. Il est d'abord certain, comme nous le verrons, que la loi Marcia *de usuris* a suivi et non précédé la loi Genucia (5), et en conséquence que cette dernière loi n'a pu lui emprunter son mode de sanction. Il ne peut être en outre vraisemblable que la loi Genucia de l'an 412 ait trouvé sa sanction seulement dans la loi Marcia

Ann., 6, 16. Mais comme l'usure, malgré la loi, s'exerçait de plus en plus et que les prescriptions légales étaient sans cesse tournées, la loi Genucia interdit totalement le prêt à intérêt. Aucune distinction ne semble à cet effet être faite entre le prêt à intérêt résultant du *nexum* et celui qui avait donné lieu à une *stipulatio*.

(1) En ce sens, Voigt, *Röm. Rechtsgesch.*, 1892, 1, p. 712. Mais les amendes édiliciennes infligées aux usuriers après la loi Genucia semblent présenter le même caractère que celles infligées avant cette loi. Tite-Live, 35, 41. Cet auteur donnait une autre solution dans ses *Condictiones ob causam*.

(2) De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 115.

(3) En ce sens, Voigt, *Condictiones ob causam*. p. 234, note 159a.

(4) En ce sens, Huschke, *Nexum*, pp. 123 et 124.

(5) Cf. ci-après, p. 98, n. 1.

qui date environ de la fin du VI[e] siècle. Quant à la conjecture de de Ihering, elle ne semble inspirée que par le désir d'aboutir à un système, le plus régulier possible, de la *quadruplatio* (1).

Dans cette matière où, en présence du seul texte de Tite-Live, 7, 42, on se trouve nécessairement dans le domaine des conjectures, la suivante me paraît la plus vraisemblable. La loi Genucia fut peut-être une *lex imperfecta*, entendue en ce sens très large qu'elle demeura sans sanction : et non pas dans le sens qui convient aux autres *leges imperfectae*, loi Cincia ou *leges repetundarum* Calpurnia et Junia, dont la mise en pratique était assurée par l'exercice de la *legis actio sacramenti*. Ce fut sans aucun doute une loi de circonstance, une concession faite à la plèbe, qu'on craignait de voir se soulever. En cette année 412, au cours de la guerre contre les Samnites, les soldats romains révoltés ne se rangèrent au parti de Rome qu'après la promesse d'une amnistie complète et de concessions importantes dont l'une fut la loi sur l'usure (2). Mais cette loi resta vraisemblablement lettre morte. Faite hâtivement, elle ne semble pas, d'après le langage de Caton (3), avoir modifié la disposition des XII Tables sur l'usure. Après, comme avant cette loi, les édiles conservèrent aussi le pouvoir d'infliger des *multae* aux usuriers (4).

3. La liste des *leges imperfectae* semble enfin devoir

(1) Cf. de Ihering, *loc. cit.*, tr. fr., 4, p. 108 et s.

(2) Tite-Live, 7, 42, après avoir mentionné la loi contre l'usure et les autres concessions faites à la plèbe, ajoute : *Quae si omnia concessa sunt plebi, adparet haud parvas vires defectionem habuisse.*

(3) Cato, *De re rustica, Praef.* (éd. Keil, p. 10), qui emploie le parfait de l'indicatif, et non le plus-que-parfait.

(4) Nous trouvons un exemple d'amendes infligées à des usuriers par les édiles curules en l'an 562/192. Tite-Live, 35, 41.

comprendre la loi Plaetoria *, relative à la protection des mineurs de 25 ans.

Les causes qui ont motivé le vote de la loi Plaetoria, qu'on peut vraisemblablemeut rapporter aux années 561 ou 562 (1), sont identiques à celles-là mêmes, qui ont en général provoqué l'extrême activité juridique de la seconde moitié du VI[e] siècle. Cette loi se présente, à l'exemple des lois Cincia, Furia *testamentaria*, Voconia, etc., comme une barrière légale, opposée aux conséquences funestes d'un nouvel état économique. Après les première et deuxième guerres puniques, en même temps que d'im-

(*) Bibliographie. — Savigny, *Verm. Schriften*, 2, p. 330 s.; De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, pp. 117-123 ; Rudorff, *Die Prozesseröffnung nach dem Edict*, dans *Z. R. G.*, 4, p. 50 s. ; Karlowa, *Röm. Civilprozess*, 1872, p. 352 s. ; Ryck, dans *Arch. f. civil. Praxis*, 53, p. 86 s. ; Eisele, *Die materielle Grundlage der Exceptio*, 1874, p. 88 ; Huschke, dans *Z. R. G.*, 13, p. 311 s. ; Keller, *Der röm. Civilprozess*, § 36 ; Lenel, *Ed. perpet.*, 1883, p. 406 ; Voigt, *Jus naturale*, 3, pp. 793 et 900 ; Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 199 s. ; P. F. Girard, *N. R. hist.*, 1890, p. 697 s. ; Cuq, *Inst. jurid.*, 1, 1891, p. 568 s. ; P. F. Girard, *N. R. hist.*, 1897, p. 265 s. ; Voigt, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 744 s. ; Pernard, *Le dr. romain et le dr. grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, thèse, Lyon, 1900, pp. 87-90 ; Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 306 s.

(1) Il est assez facile de préciser la date de la loi à l'aide des passages de Plaute qui s'y rapportent. Il y est fait allusion dans le *Pseudolus*, 1, 3, 65, représenté en 563 ; et dans le *Rudens*, 5, 3, 24-26, représenté vers l'an 562 (Costa, *Il diritto privato*, p. 40-41 ; Teuffel-Schwabe, *Gesch. der röm. Litteratur*, 1[5], § 97). Or, dans les pièces qui ont été représentées avant le *Pseudolus* et le *Rudens*, par ex. dans le *Mercator* de 558, 1, 1, 95-97 ; dans l'*Asinaria*, 1, 3, 95, de 560 ; dans le *Trinummus*, 2, 2, 87 ; 2, 4, 18-19, de l'an 560, nous voyons des jeunes gens contracter librement toutes sortes d'obligations. Au contraire, dans les comédies postérieures à 562, nous ne voyons jamais un mineur faire des actes de disposition, ni contracter des obligations quelconques. Il résulte de tous ces rapprochements que la loi Plaetoria semble avoir été portée au plus tôt en l'année 561 et qu'elle était toute récente, au moment où Plaute y faisait allusion dans le *Rudens* et le *Pseudolus*. — Cf. sur cette démonstration, Costa, *Il diritto privato*, p. 200-205 ; Pernard, *Le dr. romain et le dr. grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, p. 88 et s.

menses richesses affluèrent à Rome (1), il y eut de toutes parts infiltration de mœurs nouvelles. On sentit alors le besoin de se prémunir contre elles : le régime de liberté, qui avait existé jusqu'alors, devenait dangereux. Une nouvelle législation s'imposait, qui pût donner aux mœurs les garanties qui avaient résulté auparavant du manque de grandes richesses et de l'étendue restreinte des relations commerciales. En ce qui concerne les jeunes Romains, il était à craindre que leur inexpérience des affaires ou leur besoin pressant d'argent en vue de satisfaire leurs plaisirs, ne les livrât à la merci de gens sans aveu, disposés à user envers eux de manœuvres dolosives, pour les amener à contracter (2). La loi Plaetoria (3) fut en conséquence dirigée contre la *circumscriptio adolescentium* (4) : elle défendit d'abuser de l'inexpérience d'un mineur, en traitant avec lui. Et par mineur, elle entendit celui qui n'avait pas encore atteint l'âge de 25 ans (5).

(1) Voir plus loin, p. 90, n. 3.

(2) M. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 306, insiste, pour expliquer l'apparition de la loi Plaetoria, sur cette idée qu'au cours des guerres incessantes de cette époque, les jeunes gens, âgés de plus de 20 ans, pouvaient être des soldats instruits, mais ensuite d'une grande inexpérience dans les affaires privées : il fallait en conséquence les prémunir contre leur manque d'expérience.

(3) L'orthographe correcte Plaetoria est donnée par la loi Julia *municipalis*, ligne 112 (Girard, *Textes*, p. 77). Mais la loi est appelée Laetoria dans le *Fragmentum de Formula Fabiana*, 4 (Girard, *l. c.*, p. 389), dans le papyrus de Berlin, n° 611 (*Aegyptische Urkunden*, *griech. Urk.*, 2, 1898), dans les mss. de Priscien et du Code Théodosien, 8, 12, *De donat.*, 2 ; et ceux de Cicéron eux-mêmes n'excluent pas forcément cette forme. Cf. Pfaff et Hoffmann, *Fragmentum de Formula Fabiana*, 1888, p. 31, et Krueger, *Z. S. St.*, 9, 1888, p. 149, n. 5 ; Girard, *N. R. hist.*, 1890, p. 697, n. 1.

(4) Cicéron, *De off.*, 3, 15, 61 : *Iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria.*

(5) Plaute, *Pseud.*, 1, 3, 69 : *lex me perdit quinavicenaria.* Les vingt-cinq

Quels sont les actes que vise la loi Plaetoria, quand elle parle de *circumscriptio adolescentium* (1) ? Un passage de Plaute mentionne le prêt (2). Un autre texte du même auteur (3), et deux fragments de Suétone, rapportés par Priscien (4), nous signalent la stipulation. Ces divers textes se rapportent tous à des cas où un mineur s'est engagé à la suite de manœuvres dolosives. Le prêt, la stipulation ne sont pas interdits au mineur, comme on l'a prétendu (5). Mais la loi défend à toute personne d'amener par dol le mineur à s'engager (6) : et dans ce cas, elle permet à ce mineur trompé d'invoquer les divers moyens de droit qui la sanctionnent. Il y aura donc lieu à *circumscriptio adolescentium* : par exemple, quand une personne aura prêté à un mineur, en exploitant son inexpérience ou son besoin pressant d'argent (7) ; par exemple encore, quand elle

ans, durée de la minorité fixée par la loi Plaetoria, constituent le premier quart de la vie humaine qui, dans les idées des Romains, avait pour maximum cent ans : Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 567, n. 3 et les textes cités.

(1) De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 117, n. 176, pose, sans la résoudre, la question de savoir si la loi a prohibé des actes déterminés ou si elle porte la défense absolue de causer préjudice aux mineurs en contractant avec eux.

(2) Plaute, *Pseudulus*, 1, 3, 69 : Calidorus : *Perii ! An non tum lex me perdit quinavicenaria. Metuont credere omnes.* — Ballio : *Eadem'st mihi lex, metuo credere.*

(3) Plaute, *Rudens*, 5, 3, 24 : pour l'explication de ce texte, cf. ci-après, p. 61.

(4) Priscien, 8, 21 : *Suetonius autem passive protulit in IIII pratorum* : *Laetoria, quae vetat minorem annis XXV stipulari, ἐπερωτᾶσθαι.* 18, 149: *Suetonius in IIII pratorum* : *Minor XXV annorum stipulari non potest, passive dixit.* Sur l'emploi tantôt actif, tantôt passif, du mot *stipulari*, cf. Huschke, *Z. R. G.*, 13, 1878, p. 316.

(5) Ryck, *Das Crediliren an Minderjährige und Hauskinder*, dans *Archiv f. d. civil. Praxis*, 53, 1870, p. 86 et ss. Contra, Savigny, *Schutz der Minderjährigen und lex Plaetoria*, dans *Verm. Schriften*, 2, p. 345 et ss.

(6) Compar., Huschke, *l. c.*, p. 317 ; et Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 568.

(7) En ce sens, *Pseud.*, 1, 3, 59.

aura déterminé le mineur, en usant des mêmes manœuvres dolosives, à s'engager par contrat verbal envers elle (1). Ce sont là les cas visés par les seuls textes que nous possédons ; ils s'appliquent tous à des hypothèses où le mineur s'est engagé à accomplir une prestation ; ils supposent tous une demande formée contre lui.

Il ne faudrait pas croire toutefois que la loi Plaetoria ne reçut d'application que dans le cas de poursuite judiciaire, d'un *exigere*. Le droit pour le mineur trompé d'invoquer la loi, après avoir payé volontairement, est, nous le verrons, confirmé par l'existence même d'une *actio legis Plaetoriae*, donnée comme noxale. Cette remarque était nécessaire, avant d'aborder l'étude des moyens de sanction de la loi ; elle nous permettra d'en expliquer avec plus de netteté le fonctionnement.

Il résulte clairement des lignes 111 et 112 de la loi Julia *municipalis* que la loi Plaetoria établissait deux moyens de droit différents (2), pour combattre la *circumscriptio adolescentium* :

Queive lege Plaetoria ob eamve rem quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit (3).

Elle créait en premier lieu une poursuite publique contre celui qui abusait de l'inexpérience d'un jeune citoyen : *lege Plaetoria condemnatus erit*. Il s'agit là de cette accusation publique, dont parle Cicéron, *De nat. deor.*, 3, 30, 74 : *inde judicium publicum rei privatae lege Plaetoria*. Ce *judicium* était dénommé *judicium rei privatae*, sans

(1) En ce sens, textes de Priscien, précités.

(2) En ce sens, Karlowa, *Röm. Civilpr.*, 1870, pp. 352-353 , *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 307 ; Girard, *Manuel*, p. 226.

(3) Girard, *Textes*, p. 77.

doute, parce qu'il se rapportait à des questions d'intérêt privé (1) ; il avait vraisemblablement pour but de faire encourir une amende au condamné. Il faisait encourir aussi des déchéances, comme le prouve la loi Julia *municipalis*, qui, dans sa liste d'inéligibles, cite spécialement le condamné de la loi Plaetoria, sans le confondre avec les condamnés des autres *judicia publica*. Cette notation particulière vient de ce que le *judicium legis Plaetoriae* ne rentrait pas dans la catégorie des *judicia publica* entendus dans un sens étroit, mais était appelé *judicium publicum*, parce qu'il donnait une action qui tendait vraisemblablement à une condamnation à une amende, à tout citoyen. Il en était dans ce cas, sans qu'on puisse toutefois l'affirmer, à peu près comme dans celui des XII Tables, qui organisait à la fois contre le tuteur infidèle le *crimen suspecti* donné aux tiers et l'*actio rationibus distrahendis* donnée au mineur (2) : le passage de Cicéron, *De officiis*, 3, 15, 61 semble autoriser cette comparaison.

Outre le *judicium publicum* accordé aux tiers, la loi Plaetoria donnait en effet au mineur lui-même contre celui qui l'avait trompé, un moyen civil. Ce moyen civil a pu devenir, après l'introduction de la procédure par formules, une exception. Mais sa nature, au temps des Actions de la loi, est controversée.

Certains auteurs admettent que le mineur n'avait alors qu'à invoquer la loi, pour repousser l'action du créancier frauduleux. Il aurait eu à sa disposition le moyen de défense qui a joué, dit-on, sous les Actions de la loi le même rôle que l'exception sous la procédure formulaire : la

(1) Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 307.
(2) Karlowa, *loc. cit.*, p. 307 ; Girard, *Manuel*, p. 227, n. 1.

sponsio praejudicialis (1). On concluait une *sponsio* sur le point de savoir s'il y avait contravention à la loi. On nommait ensuite un juge, et au cas de réponse affirmative à la question, l'action contre le mineur était refusée : on était amené à une *denegatio actionis* (2). Cette *sponsio* aurait porté, au cas de la loi Plaetoria : *Si dolo malo instipulatus es sive etiamdum haud sum quinque et viginti annos natus, sestertios viginti quinque nummos dare spondes* (3) ?

Nous avons déjà vu cette théorie énoncée au sujet de la sanction de la loi Cincia. Nous n'y insisterons ici que parce qu'elle repose principalement sur un passage de Plaute, se rapportant à la loi Plaetoria : *Rudens*, 5, 3, 24-26.

Cedo quicum habeam judicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum « haud » sum quinque et viginti annos natus (4).

L'esclave Gripus, qui a trouvé la valise du *leno* Labrax, lui fait jurer sur l'autel de Vénus qu'il lui paiera un grand talent d'argent le jour où sa valise lui sera rendue. Gripus

(1) En ce sens : Savigny, *Z. G. R.*, 10, p. 248 ; *Verm. Schriften*, 2, p. 339 ; Keller, *Röm. Civilpr.*, § 36 ; Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 94 ; Bethmann Hollweg, *Röm. Civilpr.*, 1, p. 125 ; Ryck, *Arch. f. d. civil. Praxis*, 53, 1870, p. 87 ; Huschke, *Z. R. G.*, 13, 1878, p. 322 ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 5e éd., 3, p. 184, n. 3 ; Eisele, *Die mater. Grundlage der Exceptio*, 1871, p. 89 ; Costa, *Il diritto privato*, 1890, p. 199, et les auteurs cités p. 199, n. 90.

(2) Keller, *Röm. Civilpr.*, § 36, n. 393.

(3) Rudorff, *Die Prozesseröffnung nach dem Edict*, dans *Z. R. G.*, 4, 1864, p. 51. — Rudorff, *loc. cit.*, pense que la somme fixée dans la *sponsio* devait être insignifiante ; mais que celui qui y succombait, se voyait poursuivi par le *judicium publicum rei privatae* de la loi Plaetoria pour une somme « peut-être double du montant du préjudice causé par la fraude ». Savigny, *Verm. Schriften*, 2, p. 337.

(4) *Rudens*, 5, 3, 24-26, v. 1380, éd. Léo, Berlin, 1896, 2, p. 363. — Sur les autres restitutions proposées de ce texte, V. Pernard, *loc. cit.*, p. 219 s.

rend en effet la valise au *leno* et lui réclame l'exécution de sa promesse, 5, 3, 14. Labrax refuse de le payer, parce qu'il sait que Gripus esclave ne peut : en premier lieu, plaider ; en second lieu, être représenté en justice (1). Aussi ces deux points fournissent-ils au *leno* le sujet de deux plaisanteries distinctes. Il demande d'abord à Gripus de lui donner quelqu'un avec lequel il puisse plaider : *Cedo quicum habeam judicem*. Et pour donner une saveur particulière à sa plaisanterie en faisant allusion à une loi toute récente, Plaute fait dire au *leno* qu'il invoquera le moyen de défense de la loi Plaetoria dont l'admission exige la minorité de la victime et le dol du cocontractant (2). Mais, quand Gripus lui présente Daemones avec lequel il pourrait plaider, Labrax, s'appuyant sur le principe de la non-représentation en justice, lui répond par dérision : *Aliost opus*, 5, 3, 26.

Il n'y a donc pas là trace d'une *sponsio praejudicialis*, dont un détail essentiel ferait défaut : la provocation au pari (3).

Il ne s'agit pas davantage, dans l'espèce, de la demande par Labrax d'un arbitre, motivée par cette raison que la promesse sous serment n'a pas de valeur juridique (4), et

(1) D'ailleurs la règle *nemo alieno nomine lege agere potest* (Ulpien, D., 50, 17, *De R. J.*, 123, pr., Gaius, 4, 82) s'opposait alors en principe à la représentation en justice. Huschke, *Z. R. G.*, 13, p. 323, qui admet dans notre hypothèse une *sponsio praejudicialis*, veut expliquer la possibilité d'une intervention d'un tiers ; et déclare que, « comme la *sponsio* motivait l'action, il agissait en fait en son nom propre, autant comme *vindex datus* que comme défendeur ».

(2) Cf. *suprà*, p. 27, n. 2.

(3) De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 121, n. 184 ; Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 569, n. 2.

(4) De Ihering, *loc. cit.*, p. 120, n. 183, déclare que c'est précisément sur l'absence de force obligatoire de ce serment que Labrax base son refus (v. 17, 21), et Daemones, le maître de Gripus, finit par ordonner à

ne peut faire en conséquence l'objet d'un procès proprement dit, mais d'un arbitrage (1). Le serment était expressément reconnu comme source d'obligations par les XII Tables. Et c'est du serment, mode de contracter et ayant force obligatoire, qu'il est question dans ce passage du *Rudens* (2). Labrax a raillé Gripus, parce que celui-ci ,esclave, ne pouvait plaider, ni être représenté en justice. Mais les choses changent avec l'intervention de Daemones, le maître de Gripus. Avant de justifier son intervention, Daemones pose au *leno* la question : *Promisisti huic argentum* ; et

son esclave (v. 58) de remettre le serment. Nous pensons, après un examen sérieux des textes, qu'il y a là, de la part de l'auteur, omission des divers jeux de scène, qui suivent le refus par Labrax de payer l'esclave Gripus.

(1) M. Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 569, n. 2, pense que c'est un arbitre que demande Labrax. Il s'appuie sur ce que le mot *judex* est parfois employé dans ce sens (Tite-Live, 3, 24, 56 ; Val. Max., 2, 8, 2). L'arbitre, après avoir constaté la contravention à la loi, déclarera que le mineur n'a pas le devoir d'exécuter son engagement. « Cette conclusion, que paraît autoriser le texte de Plaute, n'est pas sans importance : au sixième siècle les actes fiduciaires étaient très usités ; lorsqu'on s'était dispensé de les confirmer par une stipulation, le mineur, qui avait engagé sa foi en se laissant circonvenir, trouvait dans le recours à un arbitre le moyen de se soustraire à l'exécution de sa promesse. »

(2) La force obligatoire du serment est reconnue par les XII Tables d'après Cicéron, *De offic.*. 3, 31, 111 : *Nullum enim vinculum ad astringendam fidem jurejurando majores artius esse voluerunt. Id indicant leges in XII Tabulis.* Pour l'époque antérieure, Denys, 1, 40, dit que ceux qui voulaient rendre leurs conventions obligatoires les faisaient par serment à l'autel d'Hercule. Cf. Girard, *Manuel*, p. 481. — Le texte de Plaute nous semble un argument en faveur de la théorie d'après laquelle le contrat verbal et en particulier la *sponsio* tire son origine du serment. Pour les partisans de cette doctrine, cf. Girard, *loc. cit.*, p. 482, n. 3. Les termes *instipulatus sis* du passage du *Rudens* sont même assez concluants. On ne peut d'ailleurs tirer argument en sens contraire de ce que, peu après en l'an 568, le sénatus-consulte des Bacchanales distingue nettement le serment de la *sponsio* et de la *promissio* : car cela prouve seulement que la *sponsio* et la *promissio* n'étaient plus des serments en 568 et non pas qu'elles ne l'étaient plus quelques années auparavant. Au reste, Plaute peut faire allusion à une institution dont la disparition ne se faisait que lentement.

le *leno* répond : *Fateor*. La dette ainsi reconnue par Labrax, le maître de Gripus tranche rapidement le différend à son profit. Invoquant le principe juridique, selon lequel la créance de l'esclave passe immédiatement au maître (1), il se déclare prêt à attaquer Labrax. Le *leno* ne cherche pas à nier la force obligatoire de son serment : il s'avoue vaincu et disposé à payer (2).

Il résulte donc clairement de l'explication de ce passage du *Rudens*, fécond en allusions juridiques, que le moyen civil de la loi Plaetoria, donné au mineur contre celui qui l'avait trompé, ne consistait pas dans une *sponsio praejudicialis* conjecturale (3). Il consistait au contraire dans une action en recours, dont les textes nous ont conservé quelques traces. Comme l'a démontré M. de Ihering (4), l'*exceptio legis Plaetoriae* qui fut donnée sous la procédure

(1) Plaute, *Rudens*, 5, 3, 28 et s. : *Quod servo meo promisisti, meum esse oportet ; ne tu, leno, postules te hic fide lenonia uti : non potes.* v.39. Daemones : *Vidulum istunc ille invenit : illud mancipium meum est.* v. 41 et s. ; Labrax : *Gratiam habeo et de talento nulla causast quin feras, quod isti sum juratus.*

(2) Le *leno* recevra de Daemones la moitié du talent, pour que la jeune esclave Ampélisque soit affranchie, et l'autre moitié restera à Daemones, qui en retour affranchira Gripus. Labrax est libéré ; mais sans doute pour redoubler les craintes de l'esclave et provoquer le rire, son maître ne lui annonce pas son affranchissement prochain et lui donne par dérision l'ordre de remettre le serment à Labrax, ce à quoi Gripus ne répond que par une exclamation douloureuse, 5, 3, 58-59.

(3) L'explication de ce passage du *Rudens*, 5, 3, 24-26, donnée par M. Pernard, *Le dr. rom. et le dr. grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, pp. 218, 225 et s., et d'après laquelle il y aurait lieu à deux *sponsiones*, l'une de Daemones portant sur deux questions cumulatives, l'autre du *leno* portant sur deux questions disjonctives, nous semble, après ce qui vient d'être dit, complètement dénuée de fondement.

(4) De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, pp. 17, 123. — L'erreur de M. de Ihering consistait, à notre avis, à conclure à l'existence d'une action unique, tandis que, selon l'observation de M. Karlowa, *Röm. Civilprozess*, pp. 352, 353, la loi Julia *municipalis* prouve l'existence de deux actions. Cf. *suprà*, p. 59.

formulaire et qui dispensait le mineur trompé de payer, n'est que la simplification de l'action en restitution qui était accordée auparavant à ce même mineur, au temps des Actions de la loi.

Cette *actio legis Plaetoriae* est visée dans la loi Julia *municipalis* par les mots : *ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit*. On peut encore trouver des allusions à cette action dans le *fragmentum de formula Fabiana*, 4, et peut-être aussi dans un texte du Digeste, 4, 4, *De minoribus XXV annis*, 24, 3.

Le *fragmentum de formula Fabiana* porte les mots :... *Laetoriae noxales sunt* (1). Ces mots affirment l'existence, à l'époque de ce fragment — c'est-à-dire, au plus tôt du temps de Marcellus et peut-être sensiblement plus tard, — d'une action noxale de la loi Plaetoria (2). Cette allégation s'accorde donc mal avec le système d'après lequel la loi Plaetoria n'aurait jamais fait naître qu'une accusation publique et une exception. Car la noxalité n'a rien à voir avec les exceptions ; et les actions publiques ne sont pas noxales (3).

Un autre texte semble encore se rapporter à l'action noxale de la loi Plaetoria. C'est le fragment 24, § 3, Digeste, 4, 4, attribué par son inscription aux Sentences de Paul, mais plus probablement extrait du livre 11 du Com-

(1) Girard, *Textes*, p. 389, 4.

(2) Girard, *N. R. hist.*, 1890, p. 697, dont nous avons reproduit à peu près textuellement tout le passage relatif au *fragmentum de formula Fabiana* et au texte du Digeste, faisant sans doute allusion à l'action noxale de la loi Plaetoria. Sur les raisons qui ont pu déterminer l'auteur à parler de l'action de la loi Plaetoria, comme d'autres actions noxales, à propos de l'action Fabienne, cf. Girard, *loc. cit.*, p. 697.

(3) Sell, *Aus dem Noxalrechte der Römer*, Bonn, 1879, p. 112 et s. : « Kam die noxae datio auch in causis criminalibus zur Anwendung ? »

mentaire du même jurisconsulte sur l'Edit (1). Aux termes de ce texte, si un esclave ou un fils de famille a trompé un mineur, le père ou le maître recevra l'ordre de restituer ce qui lui est parvenu et de fournir le surplus sur le pécule ; si les deux choses ne suffisent pas à désintéresser la partie lésée et que le dol ait été commis par un esclave, il sera fustigé ou abandonné noxalement ; si le coupable est un fils de famille, il sera condamné en vertu de son dol. La disposition finale a sans doute été remaniée par suite de la suppression de l'abandon noxal des fils de famille, et qu'il parlât en outre ou non de la condamnation personnelle du fils, le texte original devait distinguer l'esclave qui est *aut verberibus castandus aut noxae dedendus* (2), et le fils de famille seulement *noxae dedendus*. Mais, pour le surplus, le texte peut être jugé pur ; or, pris à la lettre, il se rapporte non pas à l'action de dol ordinaire, mais à l'action qui naît du dol commis contre un mineur, de la *circumscriptio minoris*, c'est-à-dire à l'action de la loi Plaetoria (3).

Il semble donc résulter, avec certitude, de l'examen de ces textes que la loi Plaetoria accordait au mineur trompé

(1) Girard, *N. R. hist.*, 1890, pp. 698 et 699. Cf. *suprà*, p. 65, n. 2. — *D.* 4, 4, *De minoribus XXV annis*, 24, 3 : *Si servus, vel filius familias minorem circumscripserit, pater, dominusve, quod ad eum pervenerit, restituere jubendus est* ; *quod non pervenerit, ex peculio eorum praestare* : *si ex neutro satisfiet, et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus, aut noxae dedendus erit.*

(2) Ce texte mentionne pour l'action de la loi Plaetoria une particularité qui n'est mentionnée que pour une autre action noxale, pour l'action d'injures : la possibilité de substituer à l'abandon noxal de l'esclave son châtiment corporel. Sur l'explication de cette particularité, cf. Girard, *l. c.*, p. 699.

(3) M. Girard, *l. c.*, p. 699, n. 2, a pensé à l'objection qui consisterait à prétendre que le texte peut se rapporter aussi bien à la *restitutio in integrum* qu'à la loi Plaetoria. Mais cette idée, ajoute l'auteur, est du moins contrariée par la mention répétée faite du dol.

une action en recours lui permettant de répéter ce qu'il avait livré. En outre, rien dans les textes n'autorise à supposer que la loi fut sans sanction (1) et que cette action en répétition ne fut donnée au mineur que par la jurisprudence (2). Il est plus naturel et plus exact de penser qu'elle fut l'œuvre de la loi elle-même : l'action en restitution qu'elle accorde exclut toute nullité de l'acte dolosif et enlève à cette loi tout caractère de *lex perfecta*.

La question devient plus délicate, sur le point de savoir si la loi Plaetoria était une *lex imperfecta* ou une *lex minus quam perfecta*. La différence consiste en ce que l'action de la loi sera une action en répétition soit du simple, soit d'un multiple, selon qu'on reconnaîtra à la loi le caractère d'*imperfecta* ou de *minus quam perfecta*. Le texte de Plaute « *metuunt credere omnes* » (3), qu'on a parfois invoqué comme favorable à l'idée d'une *poena* (4), n'est pas un témoignage assez probant pour ranger notre loi parmi les *leges minus quam perfectae* : la crainte, au temps des Actions de la loi, de voir le mineur trompé répéter l'argent, objet du prêt, justifie suffisamment la crainte de prêter. L'existence, sous la procédure formu-

(1) En ce sens, Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 307 ; Eisele, *Die materielle Grundlage der Exceptio*, 1871, p. 88 ; Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 199. — MM. Eisele et Costa déclarent que la loi Plaetoria est une *lex imperfecta*, c'est-à-dire, selon eux, sans sanction, en ce que le préteur était chargé de protéger le mineur *circumscriptus*, *causa cognita*, en lui accordant l'*exceptio legis Plaetoriae*, remplacée sous les Actions de la loi par la *sponsio praejudicialis* conjecturale.

(2) En ce sens, Karlowa, *l. c.*, p. 307. — Nous avons déjà démontré que rien n'empêche la loi, lorsqu'elle donne expressément une action, d'être *imperfecta*. Cf. *suprà*, p. 16.

(3) Plaute, *Pseudulus*, 1, 3, 70.

(4) De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 118, n. 177.

laire, de l'*actio legis Plaetoriae*, donnée comme noxale, semble au contraire impliquer le caractère de *lex imperfecta* de notre loi. Si elle était, comme les lois Furia *de sponsu* et *testamentaria*, une *lex minus quam perfecta*, elle donnerait lieu, ce nous semble, à *manus injectio pro judicato*, fondée sur la poursuite judiciaire exercée contre le mineur trompé (1). Or l'on sait que le fils de famille ne peut alors pratiquement intenter une poursuite judiciaire (2), et que l'esclave ne le peut absolument pas : ce qui enlèverait au mineur engagé à la suite de manœuvres dolosives, toute occasion d'intenter contre le père ou le maître l'*actio legis Plaetoriae*, donnée comme noxale. Cette action noxale suppose au contraire le cas où, le fils de famille ou l'esclave ayant amené par dol le mineur à payer volontairement, ce mineur intente contre le père ou le maître l'action noxale de la loi Plaetoria (3). Il s'agit donc là, non d'une *lex minus quam perfecta*, donnant lieu à *manus injectio pro judicato*, mais bien d'une *lex imperfecta* donnant lieu à une action en répétition du simple du préjudice causé.

(1) On pourrait encore reconnaître à la loi Plaetoria le caractère d'une *lex minus quam perfecta*, en supposant, avec de Ihering, *l. c.*, p. 117, que la condamnation de celui qui lésait des mineurs en contractant avec eux, était portée à un multiple du préjudice causé, au quadruple par exemple. Mais nous verrons plus loin, p. 84, que cette conjecture a été émise dans le but d'exposer une théorie régulière de la *quadruplatio*.

(2) Girard, *Manuel*, p. 135, n. 3.

(3) La conjecture d'après laquelle la *circumscriptio adolescentium* ne s'appliquerait que dans des hypothèses où le mineur trompé s'est engagé, non dans celles où il a payé volontairement, se heurterait à une seconde objection non moins décisive. Si un fils de famille ou un esclave a amené par des manœuvres dolosives le mineur à s'engager envers lui, sa créance sera acquise au père de famille ou au maître. Et ceux-ci se verraient sans nul doute opposer par le mineur l'*exceptio legis Plaetoriae*, quand ils lui demanderaient l'exécution de son engagement. L'action noxale de la loi Plaetoria, plusieurs fois affirmée dans les textes, ne recevrait en réalité aucune application.

Sans doute le domaine de l'action se trouva en grande partie restreint après l'apparition de l'exception (1). Cependant elle devait subsister dans ces cas où le mineur ayant payé volontairement, l'exercice d'une *exceptio* était rendu impossible. Ceci nous explique que des textes nous aient conservé des traces de l'*actio legis Plaetoriae,* même après l'abolition des *legis actiones*.

(1) Cf. ci-après, p. 126, n. 2.

CHAPITRE III

DÉFENSE SOUS FORME D'ACTION EN RÉPÉTITION D'UN MULTIPLE. DOMAINE DE LA *LEX MINUS QUAM PERFECTA*.

§ 1. — La « lex minus quam perfecta ».

Nous savons déjà que la *lex minus quam perfecta* est la *lex* qui interdit l'accomplissement d'un acte juridique, mais qui, s'il est passé outre à son interdiction, ne déclare pas nul l'acte illégal : elle punit seulement le contrevenant à la loi. C'est la *poena* qu'elle inflige, qui la distingue de la *lex imperfecta*.

Reste la question de savoir en quoi consiste cette *poena* et quelle en est la nature. Lorsque nous avons étudié la disposition de la loi des XII Tables relative à l'usure, nous avons déclaré qu'elle se présentait sous la forme d'une *lex minus quam perfecta* (1). En infligeant à l'usurier une peine égale au quadruple des intérêts usuraires, elle répondait parfaitement à la définition donnée par Ulpien de la *lex minus quam perfecta*, « *quae poenam injungit ei qui contra legem fecit* ». Nous pouvons de même déclarer que, lorsque la loi Cincia s'est scindée en deux chefs distincts sous l'influence de la législation des *repetundae*, elle s'est transformée de *lex imperfecta* en *lex minus quam perfecta*, en ce qui concerne la disposition relative aux honoraires des avocats. Depuis la loi Acilia de l'an 631-632, les *leges*

(1) Cf. *suprà*, p. 7 et s.

repetundarum présentèrent aussi le même caractère : elles infligèrent au fonctionnaire qui recevait des présents une peine, consistant dans le paiement multiple de ce qu'il avait reçu. Mais, comme ces *leges repetundarum*, de même que le chef de la loi Cincia relatif aux avocats, rentrent dans le domaine du droit criminel, il est à penser qu'elles ne devaient pas être visées par les jurisconsultes classiques dans leur division des lois : elles échappent de cette façon à notre étude.

Les *leges minus quam perfectae*, que nous étudierons dans ce chapitre, sont des *leges* nées au VIe siècle de Rome, du besoin impérieux d'opposer des barrières légales aux mœurs nouvelles et de mettre la législation en concordance avec l'état économique complètement transformé. Elles ressemblent aux *leges minus quam perfectae*, que nous avons déjà signalées, en ce qu'elles laissent subsister intact l'acte illégal et punissent seulement le contrevenant à la loi. Mais elles s'en distinguent nettement, en ce que la *poena* n'y consiste plus dans un multiple de ce qui a été illégalement perçu, fixé *ab initio* par la loi, comme au cas d'usure réprimé par les XII Tables ; mais dans une *poena temere litigantium*, résultant du simple jeu de la *legis actio*, destinée à assurer la sanction légale. Toutes ces *leges* accordent en effet à la victime de l'acte illégal une *manus injectio*, dont l'exercice, dans le cas le plus généralement visé par les jurisconsultes de l'époque classique (1), lui assure le paiement du double de ce qu'elle a dû payer en violation de la loi.

Cette catégorie de *leges minus quam perfectae*, tendant *ab initio* à la restitution au simple de la chose illégalement

(1) Cf. ci-après, p. 86.

perçue et dont la *poena* résulte du jeu naturel de la *legis actio* mise en mouvement, comprend, à notre avis : la loi Furia *de sponsu*, en ce qui concerne le chef relatif à la division de la dette entre les cautions ; la loi Furia *testamentaria* ; et la loi Marcia *de usuris*.

§ 2. — Les « leges minus quam perfectae ».

I. — *La loi Furia de sponsu* *.

La loi Furia *de sponsu* qui nous est connue seulement par le ms. de Gaius (3, 121 et 122 ; 4, 22), contenait deux dispositions. Elle déclarait : en premier lieu, que l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* d'Italie s'éteindrait par deux ans depuis l'échéance de la dette ; en second lieu, que la dette se diviserait entre les cautions vivantes à l'échéance (1).

C'est de ce second chef que nous devons nous occuper dans ce chapitre : car lui seul donne à la loi le caractère de *lex minus quam perfecta*. Néanmoins, avant d'aborder son étude, il nous faut résoudre deux questions, qui concernent les deux chefs de la loi Furia : premièrement, la question de date ; deuxièmement, la question de savoir à quelles personnes s'appliquait cette loi.

La date précise de la loi Furia n'est pas connue. On

(*) Bibliographie. — De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, pp. 113-114. — Karlowa, *Röm. Civilprozess*, p. 193. — Wlassak, *Römische Processgesetze*, 1891, 2, p. 156. — Lenel, *Ed. perpet.*, tr. fr., p. 243 s. — Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 733 s. — P. F. Girard, *Cours de Pandectes sur la matière du cautionnement*, professé à la Faculté de Droit de Paris, année 1901-1902.

(1) Des commentaires sur la loi Furia ont été donnés par Ulpien au livre 20 et par Paul au livre 24 *ad Edictum*. Cf. Lenel, *Ed. perpet.*, p. 170 = tr. fr., 1, p. 247.

peut toutefois la localiser entre deux dates extrêmes, l'une postérieure au début du VIᵉ siècle, l'autre antérieure à sa fin : à notre avis, entre les années 512 et 585. D'une part, la loi Furia est, d'après le témoignage positif de Gaius, 3.122, postérieure à la loi Appuleia, qui, supposant elle-même l'existence de provinces, est nécessairement plus récente que la création de la province de Sicile en 512 (1). D'autre part, si l'on compare entre eux les passages de Gaius, 4.22, 23 et 25, elle apparaît comme antérieure à la loi Vallia qui transforma tous les cas de *manus injectio* sauf deux en cas de *manus injectio pura* (2) : or la loi Vallia est elle-même antérieure à la loi Aebutia qui date du début du VIIᵉ siècle (3). Elle nous paraît même antérieure à l'année 585, date de la loi Voconia et date extrême de la loi Furia *testamentaria*, qui se localise entre les années 550 et 585 (4). En effet, comme la loi Furia *testa-*

(1) Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 733 ; Girard, *Manuel*, p. 751, n. 3.

(2) Suivant une opinion, qui assimilait la loi Vallia à une prétendue loi Valeria de l'an 412, la loi Furia *de sponsu* serait une loi du Vᵉ siècle. En ce sens, Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 51, qui lui assigne comme *rogator* le dictateur Lucius Camillus de la *gens* Furia, en l'an 409. — M. Appleton (*Rev. de législ. franç. et étrang.*, 1876, p. 535) et M. Voigt (*Jus naturale*, 4, p. 424, n. 78), préoccupés tous deux du soin de rapporter la loi au nom d'un personnage connu, la déclarent proposée : le premier, en 655 par un Publius Furius, tribun et ami d'un Apuleius qui aurait été l'auteur de la loi Appuleia ; le second, en 536 par un préteur urbain, L. Furius Philus.

(3) La loi Aebutia se trouve localisée maintenant entre les années 605 et 628, depuis la démonstration de M. Girard, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 11-54 = *N. R. hist.*, 1897, pp. 249-294, suivi par Bekker, *Z. S. St.*, 15, 1894, p. 164 ; Erman, *Z. S. St.*, 19, 1899, p. 285, n. 2.

(4) Cf. ci-après, p. 88. — De Ihering, *Espr. du rom.*, tr. fr., 4, p. 114, discute l'opinion d'après laquelle la loi Furia *de sponsu* et la loi Furia *testamentaria* forment deux dispositions législatives différentes. Il s'appuie sur ce que la différence dans la désignation ne prouve rien à cet égard et que souvent les jurisconsultes traitent des chapitres différents d'une seule et même loi, par exemple de la loi Licinia Sextia, comme s'ils constituaient des lois différentes. La loi Furia aurait eu ainsi pour but de

mentaria, au dire de Gaius, 4.24, réalise un progrès notable dans la procédure en accordant une *manus injectio pura*, où le défendeur pourra se constituer son propre *vindex*, il est très vraisemblable de supposer que la loi Furia *de sponsu*, qui donne une *manus injectio pro judicato*, avait été rendue antérieurement à la *lex testamentaria* (1).

A quelles personnes s'applique la loi Furia? Gaius, 3,121[a] (2), déclare que cette loi est appliquée en Italie et non dans les autres provinces (3). Il en résulte que, dans les autres provinces, les *sponsores* et les *fidepromissores* sont tenus perpétuellement et pour le tout comme les

réduire le montant de certaines prétentions : réductions des legs à la somme de 1.000 as, réduction des cautions communes à une part virile. En ce sens, Kuntze, *Cursus des röm. Rechts*, 2, p. 153. Cette thèse est sans aucun doute soutenue pour permettre d'expliquer (de Ihering, *l. c.*, p. 115, n. 169) comment on en vint dans les deux cas à insérer dans la formule de l'action les mots *pro judicato*, bien qu'il n'y eût lieu à cette insertion, selon Gaius, 4.23, que dans la formule de l'action de la loi Furia *de sponsu*. Sur l'explication de cette difficulté, cf. ci-après, p. 95.

(1) Le système, soutenu par Liebe, *Stipulation*, p. 225, n. 1 et Girtanner, *Die Burgschaft*, 1, p. 91, qui veut placer la loi Furia après Cicéron, un peu avant les *leges Juliae judiciariae* et qui invoque à cet effet un texte de Cicéron, *ad Attic.*, 12, 17, 2 est dénué de fondement : pour la réfutation de ce système, cf. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 735, n. 1.

(2) Gaius, 3, 121 a : *Sed cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, evenit ut in ceteris provinciis sponsores quoque et fidepromissores proinde ac fidejussores perpetuo teneantur et singuli in solidum obligentur, nisi ex epistula divi Hadriani hi quoque adjuventur in parte.*

(3) Il faut remarquer que les termes employés par Gaius, 3, 121[a], 122, tendant à considérer l'Italie comme une province, et qui se comprendraient au temps de Dioclétien, semblent singuliers au temps des Antonins, où l'Italie était encore privilégiée. Ceci pourrait d'ailleurs s'expliquer par la situation même de Gaius, vivant dans une province, et ne s'occupant pas particulièrement de l'Italie. Il y a là une question d'étendue de compétence : Wlassak, *Röm. Processgesetze*, 1891, 2, p. 157. — Il ne saurait être question, comme on l'a prétendu, de la loi Furia *de sponsu* dans le passage de Gaius, 4.109, parlant du *judicium imperio continens*, puisque le même jurisconsulte dit, à deux reprises, 3.121[a], 122, que notre loi ne peut s'appliquer aux provinces. Peut-être s'agit-il là de la loi Furia *testamentaria*.

fidejussores; à moins qu'ils ne trouvent un secours dans le rescrit d'Hadrien. La loi Furia accorde donc une faveur aux cautions d'Italie. Mais même en Italie, la loi s'applique-t-elle seulement aux citoyens, ou bien à tous les habitants des villes alliées, lesquels ne devinrent citoyens romains qu'après la guerre sociale ? On a soutenu que la loi Furia se serait appliquée à tous les habitants de l'Italie (1). MM. Lenel et Wlassak déclarent, en sens contraire, qu'elle ne s'applique qu'aux citoyens. On argumente de ce que la loi Furia *de sponsu*, comme l'indique son intitulé (2), semble s'appliquer exclusivement à des citoyens ; de ce qu'elle est sanctionnée par une *legis actio* qui ne peut appartenir aux non-citoyens. Mais on peut répondre que la loi Furia vise, en même temps que les *sponsores* qui seront certainement des citoyens, les *fidepromissores* qui ne le seront peut-être pas. Quant à la sanction, il faut remarquer que Gaius, 4.22, ne parle que du *sponsor*, tandis qu'il mentionnait auparavant, 3.121, le *sponsor* et le *fidepromissor*. On pourrait conclure de là, qu'il existait un second moyen de sanction pour les *fidepromissores* ; ou, comme nous préférions l'admettre, que la *legis actio* fut donnée en notre matière aux habitants de l'Italie par la loi Furia elle-même, puisqu'on admet que des lois ont pu accorder l'usage des Actions de la loi soit à tous les pérégrins en certaines matières, soit en toutes matières à certains pérégrins (3).

(1) En ce sens, Mommsen, *Dr. publ. rom.*, tr. P. F. Girard, 6, 2, p. 327, n. 8. En sens contraire, Lenel, *Ed. perpetuum*, p. 169, n. 2 = tr. fr., 1, p. 245, n. 1, au sujet de l'explication du texte d'Ulpien, lib. 22 *ad Ed.*, D. 1, 5, *de statu hom.*, 17 ; Wlassak., *l. c.*, 2, p. 157 ; Krüger, *Sources*, tr. fr., p. 155, n. 2.

(2) En ce sens, Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 710, n. 1.

(3) Cf. Wlassak, *loc. cit.*, 2, p. 186 et ss. ; Girard, *Manuel*, p. 412, n. 1. Il semble bien que les Actions de la loi aient été accordées aux

Les deux questions de la date de la loi Furia et de la condition des personnes auxquelles elle s'applique, ainsi résolues, nous ne nous occuperons maintenant que du second chef de la loi : à savoir, la division de la dette entre les cautions vivantes à l'échéance. Nous étudierons : en premier lieu, la portée de la disposition ; en second lieu, sa sanction.

1. La portée de la règle est indiquée par Gaius, 3.121 (1). La créance est divisée entre les *sponsores* et *fidepromissores* d'Italie en autant de parties qu'il a de cautions vivant à l'échéance de la dette, *eo tempore quo pecunia peti potest* (2). Le moment dont il est ici question, est celui où la dette est exigible. Si l'obligation est une obligation conditionnelle ou à terme, l'obligation n'aura donc lieu qu'après que la condition sera accomplie, qu'après que le terme sera échu. Il n'y a d'exception qu'au cas de *stipulatio judicatum solvi*, où la *diei cessio*, se trouvant avancée, datera du jour même du jugement (3).

De ce que la division a lieu seulement à l'échéance de la dette, il s'ensuit que le prédécès d'une des cautions

pérégrins, en matière de concussion et pour la procédure du *sacramentum*, par les lois Calpurnia de 605 et Junia, signalées par la loi Acilia *repetundarum* de 631-632, ligne 23. Cf. ci-dessus, p. 51.

(1) Gaius, 3, 121 : *Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur.*

(2) Nous trouvons les mêmes termes employés chéz Ulpien, *lib.* 20 *ad Ed.*, *D.*, 45, 1, *De verb. obligat.*, 60 : *nam ejus temporis fit aestimatio, cum peti potest.* Lenel, *Pal.*, n° 644, n. 4. On peut donc en déduire que ces mots se trouvaient dans la loi.

(3) Paul, *lib.* 24 *ad Ed.*, *D.*, 46, 7, *Judicatum solvi*, 1. Lenel, *Pal.*, n° 402. Pour expliquer cette décision, il semble qu'on doive soutenir qu'il y avait une disposition spéciale pour l'hypothèse du *judicatum solvi*, en ce qui concerne le second chef de la loi Furia. Girard, *Cours de Pandectes*, 34e leçon.

nuit aux autres. Mais, après la division, de même que l'un des cohéritiers d'un même débiteur, le *sponsor* ou le *fidepromissor* n'est tenu que de sa part virile dans la dette (1). Le décès d'une des cautions nuit alors au créancier, qui eût pu d'ailleurs éviter cette perte, en faisant immédiatement *litiscontestatio* avec les cautions vivant à l'échéance. De même, l'insolvabilité de l'une, survenue, après la division, nuit au créancier et non aux autres. C'étaient là, pour le créancier, des dangers sérieux auxquels on voulut parer, sans doute au moyen de l'institution du certificat de caution (2), plus probablement encore par l'introduction de la *fidejussio*.

La division de la créance et ses dangers ne semblent pas toutefois s'être appliqués au cas de *satisdatio rem pupilli salvam fore*, où la règle générale reçoit exception, eu égard à la condition particulière du créancier. Il résulte en effet d'un texte de Papinien (3), concernant très vraisembla-

(1) Ce rapprochement entre les cautions et les cohéritiers d'un débiteur unique est signalé par plusieurs textes du Digeste, notamment par un texte de Paul, *lib.* 12 *ad Sabinum*, *D.*, 45, 1, *De verb. obligat.*, 2, 4 qui dans sa forme première se rapportait aux *sponsores*.

(2) Les textes qui se rapportent à cette institution (*D.*, 46, 1, *de fidej. et mandat.*, 27, 4 ; *h. t*, 8, 12 ; 46, 3, *de solut. et liber.*, 38, 5) visent la *fidejussio*. Il est néanmoins très vraisemblable de croire que le certificateur de caution a fonctionné pour la *sponsio*, où son utilité était plus grande que pour la *fidejussio*. Girard, *Cours de Pandectes*, 34e leçon.

(3) Papinien, *lib.* 12 *Quaestionum*, [*D.*, 46, 6, *Rem pup. vel adolesc. salv. fore*, 12 ; Lenel, *Pal.*, 205. Ce texte, visant les *fidejussores*, se rapportait dans sa forme première aux *sponsores*. En sens contraire, Lenel, *Pal.*, *Praefatio*, dont l'opinion avait déjà été soutenue par Rudorff (*Das Recht der Vormundschaft*, Berlin, 1834, 3, pp. 142-143), d'après lequel l'exception indiquée par notre texte est particulière à la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, qui a été amiablement garantie par des fidéjusseurs : ce serait là une exception à la division du rescrit d'Hadrien. Nous pensons que cette opinion ne saurait être admise. Car il arriverait que le tuteur, obligé par l'édit du préteur à fournir des *sponsores* et non des *fidejussores*, pourrait ne pas donner des *sponsores* : ce qui rendrait

blement les *sponsores* fournis par le tuteur au pupille, que le pupille pourra s'adresser aux cautions, sans qu'elles puissent lui opposer le bénéfice de division de la loi Furia.

2. En ce qui concerne la sanction de cette règle, d'après laquelle le créancier ne doit demander à chaque caution, après la division, que sa part virile dans la dette, elle est indiquée par Gaius, 4.22 (1). La loi Furia *de sponsu* donne la *manus injectio pro judicato* « *adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset* ».

La loi Furia ne saurait donc être rangée parmi les *leges perfectae*. Elle ne déclare pas nul l'acte illégal du créancier, qui a exigé du *sponsor* plus qu'il ne le devait. Ce créancier peut exiger de chaque *sponsor* le total de la dette. Mais, s'il le fait, la caution pourra exercer contre lui une action en répétition, la *manus injectio pro judicato*.

La question est donc de savoir si la loi Furia est une *lex imperfecta* ou une *lex minus quam perfecta*. Elle est, à notre avis, une *lex minus quam perfecta*; et elle tire ce caractère de la *legis actio*, qui la sanctionne. Ceci nous conduit à rechercher : en premier lieu, le mécanisme de la *manus injectio pro judicato* et sa signification ; en

illusoire la protection du pupille. Il faut d'ailleurs remarquer que la *satisdatio rem pupilli salvam fore* qui, se rattachant au changement de mode de nomination des tuteurs (*Inst.*, 1, 20, *De At. tut.*, 3), date probablement de Claude (Girard, *Manuel*, p. 217, n. 6), a été introduite à une époque où la loi Furia existait, et où le rescrit d'Hadrien n'existait pas encore. Il est donc vraisemblable de penser que ce fut au moment même de l'introduction de cette *satisdatio* que fut portée une exception à la loi Furia, dont le bénéfice de division aurait fait courir de sérieux dangers au pupille. Cf. sur toute cette démonstration, Girard, *Cours de Pandectes*, 35e leçon.

(1) Gaius, 4, 22 : *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt : sicut lex Publilia...; item lex Furia de sponsu adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset.*

second lieu, comment l'idée de *poena*, essentielle dans une *lex minus quam perfecta*, apparaît dans une sanction assurée par cette *legis actio*.

a) Les auteurs ont coutume de déclarer qu'il y a *manus injectio pro judicato*, lorsque la *manus injectio* est donnée, comme s'il y avait eu jugement. Cette traduction des mots *pro judicato*, outre qu'elle est peu compréhensible, ne correspond guère au sens habituel du mot *pro*, employé dans les textes juridiques et littéraires du VI[e] siècle. Si *pro* a d'abord été synonyme de *ante*, comme dans les expressions *pro castris*, *pro rostris* (1), il a signifié ensuite « conformément à, en vertu de » ou bien « à la place de » (2) ; et ce n'est, ce semble, que par la déformation de ce dernier sens que l'on est parvenu à l'interprétation « comme si ». Bien qu'il y ait des applications douteuses de ce sens dans Plaute (3), il est certainement le dernier venu en date. Nous trouvons au contraire l'emploi de *pro* = en vertu de (4) : — dans la loi osque de Bantia (5), ligne 14, *Suaepis pru meddixud* (traduction latine : *si quis pro magisterio*), signifiant « si quelqu'un en vertu de son degré de magistrature », et non pas « si quelqu'un en tant que magistrat » (6) ; — chez Plaute, *Captivi*, 4, 3, 7 = v. 907,

(1) Michel Bréal et Bailly, *Dict. étymol.*, v° pro.

(2) Mommsen, *Dr. public*, tr. P. F. Girard, 1, p. 11, n. 3 et les exemples cités de *pro* = à la place de : Servius, *ad Aen.*, 2, 157 ; Aulu-Gelle, 10, 23 ; Tacite, *Ann.*, 15, 28 ; Tite-Live, 22, 31, 10 ; *C. I. L.*, 3, 605.

(3) Plaute, *Stichus*, 4, 1, 65 : *esse ducit pro adulescentulo*.

(4) Mommsen, *l. c.*, 1, p. 11, n. 3 exprime cette idée que *pro magistratu*, *pro dictatore*, etc. signifie assez souvent : en vertu de la fonction : Tite-Live, 1, 51, 2 ; 6, 38, 9 ; 9, 7, 12 ; 9, 26, 15 ; 39, 5, 2 ; Aulu-Gelle, 10, 3, 5. Statut de Genetiva, c. 94. Salluste., *Jug.*, 29.

(5) Girard, *Textes*, p. 25. — Il est d'ailleurs à remarquer qu'en langue osque, tandis que *meddis* = magistrat, *meddixud* = magistrature : cf. ligne 21.

(6) Compar. Esmein, *La table de Bantia*, dans *Mélanges*, 1886, p. 326.

éd. Leo : « *Nunc ibo, ut pro praefectura mea jus dicam la-* « *rido* » ; — dans la loi osque de Bantia, lignes 24 et 25 (1) : « *Suapis op eizois com altrud ligud acum herest auti pru* « *medicatud mânim aserum eizazunc egmazum, pas exais-* « *cen ligis scriftas set* (traduction latine : *si quis apud eos* « *cum altero lege agere volet aut pro judicato manum asse-* « *rere earum rerum quae hisce in legibus scriptae sunt*). » Il est fait mention, dans ce dernier texte, d'une *manus injectio* dénommée *pro judicato*. Néanmoins, à notre avis, il s'agit là, en réalité, de la *manus injectio judicati*. En effet, le texte, après avoir fait allusion aux *legis actiones*, traite, dans la seconde proposition séparée de la première par la conjonction *aut*, du mode d'exécution, comme l'indique la finale « *earum rerum quae hisce in legibus scriptae sunt* », en conséquence de la *manus injectio judicati*. Les mots *pro judicato* se traduiront ici par l'expression « en vertu du jugement » (2).

(1) Girard, *Textes*, p. 26.

(2) Il en est de même dans l'inscription de Luceria (Girard, *Textes*, p. 22), qui défend de déposer des immondices, de porter un cadavre ou de faire un sacrifice funéraire dans un bois sacré. *Sei quis arvorsu hac faxit, (ceiv)ium quis volet pro joudicatod n(umum) L manum injectio estod*. La difficulté d'expliquer la nature de cette *manus injectio* vient de ce que Luceria est une colonie latine, qui vit théoriquement selon son droit local (Wlassak, *Processgesetze*, 1, p. 192, n. 34). Cependant, quoique l'application de la *manus injectio* en matière de voirie ait pu provenir d'une copie spontanée ou suggérée d'un modèle romain (Girard, *N. R. hist.*, 1897, 21, p. 281, n. 5), il semble devoir en résulter que la *manus injectio* figurait déjà dans son système procédural (Girard, *Organis. judiciaire des Romains*, 1901, 1, p. 44, n. 2). Ces considérations nous amènent donc à penser qu'il s'agit dans l'inscription : ou bien d'une *manus injectio*, improprement qualifiée *pro judicato*, pour en montrer le caractère rigoureux, consistant dans l'intervention nécessaire d'un *vindex*, à une époque où l'on connaissait peut-être à Rome la *manus injectio pura* ; ou bien, comme nous préférerions l'admettre, d'une action populaire (Bruns, *Kleinere Schriften*, 2, 1882, p. 311 et ss.), où la condamnation recevait exécution, soit en faveur du citoyen poursuivant (en ce sens,

C'est encore cette traduction qui nous semble devoir être admise pour la *manus injectio pro judicato* dont parle Gaius, 4.22, et qui diffère toutefois de la *manus injectio judicati*, en ce qu'elle est donnée non en exécution d'un jugement, mais en vertu d'un jugement déjà exécuté (1). D'ailleurs, tandis que l'explication communément admise ne peut guère s'expliquer dans les faits (2), l'interprétation de la *manus injectio pro judicato* en « *manus injectio* donnée en vertu d'un jugement », trouve son application dans tous les cas de *manus injectiones pro judicato*, que nous connaissons. Qu'il s'agisse en effet des lois Publilia (3) ou Furia *de sponsu*, qu'il s'agisse même des lois

Bruns, *loc. cit.*), soit en faveur de la municipalité (Mommsen, *Ephem. epigr.*, 2, 298, p. 207), par l'exercice d'une *manus injectio judicati* en recouvrement d'une amende fixe, probablement de 50 sesterces. — La présence des mots *pro judicato* au lieu de *judicati* (*causâ*) s'expliquerait d'ailleurs parfaitement (si l'on remarque qu'on les rencontre avec cette acception, seulement dans des statuts de colonie latine ou de ville fédérée, inscription de Luceria ou loi osque de Bantia), par une terminologie moins rigoureuse que celle des lois romaines.

(1) Il existe la même différence entre la *manus injectio judicati* et la *manus injectio pro judicato* que celle qui existerait entre une *manus injectio*, dite *ex judicato*, et la *manus injectio pro judicato*.

(2) Le sens de *manus injectio pro judicato* = « *manus injectio*, comme s'il y avait eu jugement », me semble avoir dû être adopté par les auteurs en présence d'expressions semblables, telles que *confessus pro judicato est*. Or je ferai remarquer à ce propos que cette expression me semble d'origine récente, ne dater que de l'époque classique (Ulpien, *D.*, 42, 2, *de confessis*, 6), la loi Rubria, ch. XXI qui s'occupe de la *confessio in jure* (Girard, *Textes*, p. 67) ne l'employant jamais.

(3) C'est encore dans ce sens de *manus injectio* donnée « en vertu d'un jugement », que l'on doit comprendre la *manus injectio pro judicato*, donnée par la loi Publilia au *sponsor* qui a payé pour le débiteur principal et n'a pas été remboursé dans les six mois. — Ce *sponsor* a l'*actio depensi* (Gaius, 3, 127 ; 4,22), qui s'intente par *manus injectio pro judicato*, même après la loi Vallia (Gaius, 4, 25). Gaius, 4, 22 : *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt : sicut lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo depensum esset, non solvisset*

Furia *testamentaria* ou Marcia *de usuris* dont les *manus injectiones*, quoique qualifiées *purae*, sont encore exercées

sponsori pecuniam. L'action *depensi* est donc donnée, comme il résulte de ce texte, au *sponsor* qui a fait une *depensio*, *qui dependisset*. Et Gaius oppose ici les mots *dependere* et *solvere*. Cette opposition apparait encore dans la loi Julia *municipalis*, ligne 115 (Girard, *Textes*, p. 77), qui distingue la simple *datio* de la *depensio*. Or *dependere*, c'est payer *per aes et libram* : ce qui a lieu, même longtemps après les XII Tables, pour l'extinction de certaines dettes, celles nées du jugement, du *nexum*. On est donc naturellement porté à conclure qu'au cas d'*actio depensi*, le *sponsor* a payé la dette *per aes et libram*. Cependant cette solution a jusqu'à présent paru contraire au caractère même de la *sponsio*, qui est un contrat né *verbis*. Lorsqu'il s'agit ici de libération, l'*acceptilatio* devrait seule intervenir. Pour lever la difficulté, on a prétendu que l'*actio depensi* aurait été d'abord introduite comme action en recours donnée contre le débiteur principal, au *vindex* intervenu à tort, qui a payé, *per aes et libram*, sa dette née du jugement le condamnant. Ce n'est que dans la suite que l'*actio depensi* aurait été étendue au cas de *sponsio*, par la loi Publilia. En ce sens, Bekker, *Aktionen*, 1, p. 41 ; Gauckler, *N. R. hist.*, 1889, p. 619 ; Muirhead, *Introd. hist.*, tr. fr., 1889, p. 214 s. ; Maria, *Vindex*, Thèse, Paris, 1895, p. 186 s. Cependant il nous semble peu vraisemblable que l'*actio depensi* ait été donnée, comme action en recours, au *vindex*. Car le *vindex*, en intervenant à tort, a commis un délit ; et l'ancien droit ne semble pas venir au secours de celui qui commet un délit. — Toutes difficultés disparaissent au contraire, si l'on admet avec M. P. F. Girard (*Cours de Pand.*, 39e leçon), que la loi Publilia comme la loi Furia *de sponsu*, donnait la *manus injectio pro judicato*, seulement au *sponsor* qui avait été poursuivi. Forcé par le créancier de payer, le *sponsor* payait alors *per aes et libram* ; car sa dette née *verbis* était devenue par l'effet du jugement, le condamnant à payer, une dette *per aes et libram*. Cette opinion s'appuie notamment sur un texte d'Ulpien, D., 17, 1, *Mandati vel contra*, 10, 11, qui, déclarant que les *fidejussores* et les *mandatores pecuniae credendae* ont contre le débiteur principal l'*actio mandati*, même lorsqu'ils ont payé sans jugement, suppose un cas tout différent où la caution n'a l'action en recours que si elle a été poursuivie : ce qui serait le cas du *sponsor* auquel la loi Publilia donne l'*actio depensi*. Et le *sponsor* qui aura payé sans être poursuivi n'aura pas l'*actio mandati*, comme il résulte d'un texte d'Ulpien, *D.*, 17, 1, *Mandati vel contra*, 29, 6, où il s'agit d'un *sponsor* qui a payé malgré l'expiration du *biennium* de la loi Furia. Cf. aussi Celsus, *D.*, 46, 3, *De solut. et liberat.*, 71, 1 (Lenel, *Pal.*, 229). Cette condition d'exercice de l'*actio depensi*, à savoir que le *sponsor* ait payé seulement après avoir été poursuivi, explique d'ailleurs la rigueur de la loi Julia *municipalis*, ligne 115, qui atteint celui pour qui le *sponsor* a payé au cas de *depensio*.

pro judicato (1), la *manus injectio* n'y est accordée que parce qu'il est intervenu au préalable un jugement qui a donné à la créance ce caractère de certitude et d'incontestabilité, qui seul peut motiver l'exercice d'une *manus injectio.*

En ce qui concerne la loi Furia *de sponsu*, notre explication est confirmée par le texte même de Gaius qui donne la *manus injectio pro judicato* « *adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset* ». Il s'agit là, de la part du créancier qui contrevient à la loi, d'un *exigere*, c'est-à-dire d'une poursuite judiciaire contre le *sponsor* (2). On ne concevrait d'ailleurs guère qu'il en fût autrement : le *sponsor* qui de lui-même paierait plus que sa part dans la dette, commettrait une erreur de droit inexcusable, qui exclurait toute répétition (3).

Si le créancier a exigé du *sponsor* plus que sa part, la caution devra donc payer (4). Elle se laissera poursuivre

(1) Cf. ci-après, p. 95.

(2) Karlowa, *Röm. Civilpr. zur Zeit der Legisakt.*, 1872, p. 193; Girard, *Manuel*, p. 752, n. 1.

(3) Ce fut là sans doute le principal motif de la confection de la loi Cicereia, obligeant le créancier, sous peine de nullité du cautionnement, à déclarer publiquement dans un certain délai le montant de la créance et le nombre des cautions. Gaius, 3, 123.

(4) Le créancier qui demande le tout à une des cautions ne commet pas de *plus petitio*. Girard, *l. c.*, p. 752, n. 1. — Il résulte nettement de Gaius, 4, 22, que le créancier pouvait exiger de chaque *sponsor* le total de la dette, sauf à se voir poursuivi dans la suite par ce *sponsor*. M. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 734, remarque l'antinomie qui existe entre ce texte et un autre passage de Gaius, 3, 121, d'après lequel le *sponsor*, en vertu de la loi Furia ne répondait envers le créancier que de sa *portio virilis*. *Quotquot erunt numero..., in tot partes diducitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur*. L'explication proposée par M. Karlowa, *l. c.*, p. 735, ne nous paraît pas suffisamment précise : Warscheinlich ist später nach Einführung des Formularprozess eine Aenderung eingetreten, die Klage auf Rückgabe des mehrfachen Betrags kam ab, und man legte die lex Furia nun dahin aus, es sei nach ihr der einzelne Bürge nur

et condamner (1).Mais son jugement même de condamnation, qui aura pleinement affirmé la violation de la loi et aura fixé d'une manière certaine la somme qu'elle a dû payer au créancier poursuivant, lui permettra de réclamer l'excédent de la *pars virilis*, au paiement de laquelle elle était seulement obligée. Et, en vertu du caractère d'incontestabilité donné par le jugement à la fixation de la nouvelle créance du *sponsor*, celui-ci exercera la *manus injectio* qui, ne s'intentant jamais qu'au sujet de créances certaines de sommes d'argent,fait rentrer le cas particulier de la loi Furia dans son domaine général d'application.

b) Reste la question de savoir dans quelle mesure apparaît dans la loi Furia *de sponsu* cette *poena*, qui est un élément essentiel de la *lex minus quam perfecta*.

Selon de Ihering (2), qui désire établir un système régulier de la *quadruplatio*, la loi Furia aurait accordé à la

auf so viel verpflichtet, als sich als Betrag des einzelnen Kopfteils zur Zeit der Fälligkeit der Forderung ergab. Nous admettons, avec M. Karlowa, que Gaius, 4, 22, en rapportant la sanction originaire de la loi, nous en révèle la portée première. Mais nous pensons que l'antinomie qui existe chez Gaius, 3, 121, vient de ce que, sous la procédure formulaire, l'*exceptio si quid contra legem senatusque consultum factum esse dicetur* (Lenel, *Ed.*, p. 247 = tr. fr., 1, p. 171, n. 1 et p. 406) dut remplacer presque complètement l'*actio legis Furiae* (ci-après, p. 87) et permit dans tous les cas au *sponsor* de repousser le créancier et de ne lui payer que la *pars virilis* dont il était tenu.

(1) M. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 734, donne une explication satisfaisante de la question que pose Gaius, 3, 122, sans la résoudre : *Unde quaeritur an post legem Furiam adhuc legis Appuleiae beneficium supersit.* Puisque, après la loi Furia comme auparavant, le *sponsor* ou le *fidepromissor* d'Italie pouvait voir le créancier le poursuivre pour le tout, on comprend qu'on ait prétendu qu'il pouvait toujours invoquer la loi Appuleia pour se faire rembourser par les autres *sponsores* ou *fidepromissores* ce qu'il avait payé en plus de sa part virile. — Mais, pensons-nous, la question devait avoir perdu, au temps de Gaius, son utilité, par suite de l'effacement de l'*actio legis Furiae* devant l'*exceptio si quid contra legem*.

(2) De Ihering, *Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 114.

caution qui a dû payer plus que sa part une *manus injectio* tendant à la restitution au quadruple de l'excédent (1). Il argumente en ce sens, de ce qu'un groupe de lois analogues, certainement la loi Furia *testamentaria*, peut-être la loi Marcia *de usuris* et une loi *de alea* supposée, nous mentionne une *poena quadrupli*, donnée contre le contrevenant à la loi.

Ce système de la *quadruplatio* ne saurait être admis, si l'on reconnait que la *poena quadrupli* de la loi Furia *testamentaria*, qui est le témoignage le plus probant à l'appui de cette théorie, n'est que le résultat de deux *poenae temere litigantium*, provenant du simple jeu de deux *manus injectiones* consécutives (2). Toutefois, il n'en est pas moins vrai que, si l'on tient compte de l'analogie entre ces diverses lois et principalement de la similitude des actions destinées à les sanctionner, la loi Furia *de sponsu*, comme les lois Furia *testamentaria* et Marcia *de usuris*, doit être rangée parmi les *leges minus quam perfectae*.

Comme il s'agit d'une *manus injectio pro judicato*, le créancier contre lequel la caution intentera sa *legis actio*, devra, pour ne pas être emmené dans la prison domestique du demandeur, ou payer, ou appeler à son secours un *vindex* (3). Au cas de paiement immédiat de la part du créancier, il ne pourra certainement pas être question de *poena*: la loi Furia ne se présentera pas, dans cette hypothèse, comme une *lex minus quam perfecta*. Mais ce cas, sans nul doute le plus simple, n'est cependant pas

(1) M. Karlowa, *Rom. Rechtsg.*, 2, p. 734, ne précise pas : il reconnait dans la loi Furia, en ce qui concerne notre chef, une *lex minus quam perfecta*, parce qu'il devait y avoir une peine de la restitution d'un multiple.

(2) Cf. ci-après, p. 96 et s.

(3) XII Tables, 3, 3. *Lex coloniae Genetivae*, 61.

celui qui attire l'attention des jurisconsultes de l'époque classique, quand ils parlent par exemple des *actiones judicati*, *depensi* ou *damni injuriae* : ce n'est pas celui que visait Ulpien, quand il donnait, comme exemple de *lex minus quam perfecta*, la loi Furia *testamentaria* avec la *poena quadrupli* (1). Les jurisconsultes envisagent particulièrement le cas, de beaucoup le plus compliqué et le plus intéressant, où le défendeur devait, sous la procédure formulaire, payer le double au cas d'*infitiatio* ; et où il devait en conséquence, au temps des Actions de la loi être libéré par l'intervention d'un *vindex*, condamné lui-même au paiement du double, s'il était considéré comme étant intervenu à tort (2).

C'est ce qui se passait, pour la loi Furia *de sponsu*, au cas où le créancier, poursuivi par le *sponsor* et n'ayant pas payé immédiatement, recourait à un *vindex*. Comme il y avait eu violation de la loi, ce *vindex* se voyait obligé de payer le double de l'excédent réclamé : c'était pour lui une peine, résultant de son intervention injustifiée. Or cette idée de *poena* devait se préciser davantage lorsque, après la loi Vallia, qui transforma les *manus injectiones pro judicato* sauf deux en *purae*, le défendeur put se défendre lui-même, en encourant cette peine du double, infligée auparavant au *vindex* intervenu à tort. Il y eut réellement alors une *poena pecuniaria*, dont parle Gaius, 4. 171 (3), et qui, infligée au contrevenant à la loi, devait

(1) Ulpien, *Reg.*, pr., 2.

(2) Girard, *Manuel*, p. 974, n. 4.

(3) Gaius, 4.171 : [*Temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo*] *pecuniaria poena modo jurisjurandi religione* [*modo metu infamiae coer*]*ce*[*tur*] ; *eaque praetor..... adversus in*[*fitiantes ex quibusdam*] *causis dupli actio constituitur, veluti si judicati aut depensi aut damni injuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agi-*

amener les jurisconsultes de l'époque classique à ranger la loi Furia parmi les *leges minus quam perfectae.* C'est ainsi que la définition d'Ulpien s'applique parfaitement à notre hypothèse ; mais la *poena* consiste, non pas, comme le pensait de Ihering, dans un multiple imposé *ab initio* par la loi, mais dans une *poena pecuniaria temere litigantium.*

Avec l'introduction de la procédure formulaire et plus tard avec l'abolition de l'ancienne procédure des *legis actiones*, la *manus injectio legis Furiae* se transforma vraisemblablement en une *actio quae crescebat adversus infitiantem* (1). Mais de bonne heure, sous la procédure formulaire, elle dut tomber en désuétude, ne trouvant plus d'application dans la pratique. Ne s'exerçant que dans des cas où il s'agissait seulement d'un *exigere*, elle devait se trouver rapidement supplantée par l'exception, placée plus tard sous la rubrique : *Si quid contra legem senatusque consultum factum esse dicetur* (2). Cette exception, fondée sur l'idée, non encore généralisée à cette époque, que *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*, devait seule subsister, comme la simplification naturelle de l'*actio legis Furiae.*

tur. Ce passage a été restitué par Krueger et Studemund d'après le ms., en s'inspirant des *Inst.*, 4, 16, *pr.* Girard, *Textes*, p. 302. — Gaius parle de nouveau de *poena* dans son énumération des actions qui croissent au double *adversus infitiantem* : Gaius, 4, 9.

(1) M. Mitteis, *Z. S. St.*, 22, p. 114, invoque l'absence de l'*actio legis Furiae* dans les énumérations des actions qui croissent au double au cas d'*infitiatio*, faites par Gaius, 4.9, 171, pour combattre la théorie selon laquelle les anciens cas de *manus injectiones* sont, sous la procédure formulaire, des cas où *lis infitiando crescit in duplum*, et selon laquelle en conséquence le *vindex*, qui pouvait seul nier la dette, était autrefois condamné au double. Cette objection ne nous paraît pas admissible. Car l'*actio legis Furiae*, sous la procédure formulaire, dut rapidement tomber en désuétude, en présence de l'*exceptio si quid contra legem.*

(2) Lenel, *Ed. perpet.*, p. 171, n. 1 = tr. fr., p. 247, n. 1.

II. — *La loi Furia testamentaria* (1).

La loi Furia *testamentaria* doit être aussi rangée parmi les *leges minus quam perfectae* ; et ce caractère ne saurait lui être contesté, puisque le jurisconsulte Ulpien, dans sa division des *leges*, la donne comme exemple de *lex minus quam perfecta*.

Après avoir déterminé la date d'apparition de la loi, nous étudierons : en premier lieu, sa portée ; en second lieu, sa sanction.

La date de cette loi ne peut être fixée d'une manière précise. Toutefois M. Bruns (2) a réussi, pensons-nous, à la localiser entre les années 550 et 585. Il résulte en effet de Gaius (3), qu'elle est antérieure à la loi Voconia, qui améliora le droit qu'elle avait édicté : or la loi Voconia se place en l'an 585. D'autre part, la loi Furia n'est venue qu'après la loi Cincia de 550, puisqu'elle introduit un système différent de dispenses fondées sur la parenté (4) :

(1) *Bibliographie. — De Ihering, *Espr. dr. rom.*, trad. 4, pp. 112-113 ; Huschke, *Nexum*, p. 143 ; Voigt, *Condictiones ob causam*, 1862, pp. 227 228 ; Kuntze, *Cursus des Röm. Rechts*, 1869, 2, p. 154, § 149 ; Bruns, *Z. R. G.*, 1876, 12, p. 133 et s. ; Carré de Malberg, *Histoire de l'exception*, Thèse, Paris, 1887, p. 55 ; Voigt, *Röm. Rechtsg.*, 1, 502 ; Girard, *N. Rev. hist.*, 1897, pp. 281-282 ; Cuq, *Instit. jurid.*, 1, p. 552; Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 938 et s.

(2) Bruns, *Z. R. G.*, 12, 1876, p. 130 et s. En ce sens, Girard, *N. R. hist.*, 1897, p. 282 ; Voigt, *Condictiones ob causam*, p. 227. — Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 55 ; Cuq, 1, p. 552, n. 3, fixent comme date à cette loi l'an 571. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozess*, 1, p. 162, n. 31 et Kuntze, *Cursus*, 2, p. 188, la croient bien antérieure à la loi Voconia et la font remonter au milieu du V[e] siècle. Quelques auteurs argumentent en ce sens, de ce que la loi Vallia serait la corruption d'une loi Valeria, du dictateur M. Valérius Corvus et de l'an 413 (Huschke, *Nexum*, p. 144-145). L'authenticité du nom de la loi Vallia est maintenant hors de doute depuis la révision du ms. de Gaius par Studemund.

(3) Gaius, 2, 225, 226.

(4) *Fr. Vat.*, 298, 299, 301. — Bruns, *loc. cit.*, p. 133 ; Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 940.

tandis que dans la loi Cincia, les *personae exceptae* comprennent cinq degrés, six degrés sont exceptés dans notre loi Furia (1).

1. La loi Furia *testamentaria* défend au légataire, qui ne se trouve pas parmi les *personae exceptae*, d'exiger de l'héritier la délivrance de legs supérieurs à 1.000 as (2).

Selon le langage de Gaius et de Justinien (3), la loi Furia ne serait que le point de départ d'une évolution qui aurait pris fin dans les prescriptions de la loi Falcidia. Dès l'époque de la loi Furia, le législateur aurait voulu que le testateur n'épuisât pas tout son patrimoine par des legs, pour que l'héritier ait intérêt à accepter la succession (4) : car le refus de l'hérédité nuisait à la fois à la mémoire du défunt et aux légataires eux-mêmes, dont les legs tombaient.

Cette explication des motifs qui ont présidé à la confec-

(1) La fixation de la date de la loi Furia a un intérêt particulier pour la fixation de l'époque d'apparition de la loi Vallia (Bruns, *loc. cit.*, p. 134) et en conséquence pour celle de la loi Aebutia (Girard, *N.R.hist.*, 1897, p. 281).

(2) Gaius, 2, 225 ; 4, 23 ; Ulpien, *Reg.*, *pr.*, 2. — On a coutume de prétendre, d'après Gaius, 2. 225 ; 4, 23, que la loi Furia *testamentaria* ne vise pas seulement les legs, mais aussi les donations à cause de mort. Nous pensons au contraire que les mots « *mortis causa capere* » ont, dans la langue des jurisconsultes, un sens très vague et désignent en général les acquisitions faites par suite de la mort d'une personne. Girard, *Manuel*, p. 922, n. 6. Ces termes ne désignent aucunement ici, à notre avis, les donations à cause de mort, pour lesquelles ne pourrait d'ailleurs guère s'expliquer un emploi raisonné de la *manus injectio legis Furiae*, ne pouvant intervenir qu'au cas de créances certaines de sommes d'argent.

(3) Gaius, 2, 225, *Instit.*, 2, 22, *De lege Falcidia*, *pr.* Théoph., *ad legem Falcidiam*, *pr.*

(4) C'est encore là l'opinion de la presque totalité des auteurs sur les motifs de l'apparition de la loi Furia. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 939. En sens contraire, Ed. Lambert, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament*, Paris, 1901, p. 100, qui exprime des doutes sur l'assertion de Gaius, mais ne donne aucune explication de la loi.

tion de la loi Furia nous semble inspirée par la préoccupation des jurisconsultes de construire un système embrassant dans un même domaine les trois lois Furia, Voconia et Falcidia. Mais cet amour de l'ordre et de la systématisation ne paraît pas devoir résister à l'analyse des textes. Si, comme le déclare Gaius, la loi Furia avait eu pour but de protéger l'héritier contre les prodigalités du testateur, elle se fût adressée, comme la loi Falcidia (1), au testateur et lui eût interdit de léguer à la même personne, au delà d'une somme ou d'une quotité déterminée. Or il résulte des textes que la loi Furia s'adresse au légataire (2) et lui enjoint de n'exiger de l'héritier aucun legs supérieur à 1.000 as.

La loi Furia défend au légataire d'exiger ce legs, comme la loi Cincia de 550 défendait au donataire de recevoir la donation supérieure au taux légal. Dans ces deux cas, le législateur s'est inspiré des mêmes considérations (3). Il ne veut pas que le légataire, comme le donataire, recueille

(1) D., 39, 1, *Ad legem Falcidiam*, 1, *pr.* : *Quicumque civis romanus... legare volet, jus potestasque esto : dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis, eo testamento heredes capiant.*

(2) Gaius, 2, 225 : *...exceptis personis quibusdam, ceteris capere permissum non est.* Gaius, 4, 23 : *veluti lex Furia testamentaria adversus eum qui... cepisset.* Ulp., *Reg.*, *pr.*, 2 : *adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit.*

(3) L'apparition de ces lois s'explique économiquement par la révolution monétaire qui suivit la première guerre punique et qui fut provoquée par les guerres, les traités et la conquête (traités, Polybe, 1, 62, 8 ; conquêtes, Polybe, 2, 15). La richesse publique et la richesse privée furent alors brusquement augmentées ; et l'abondance de l'argent à Rome rendit plus faciles et développa les vices que voulurent combattre les lois sur les legs ou les donations. Sur cette révolution monétaire, cf. Belot, *Hist. des chevaliers romains*, Paris, 1866, 1, p. 275 s. — Selon Dernburg, *Die Einrechnung in den Antheil des Erben bei der quarta Falcidia u. Trebelliana*, dans *Arch. für die civil. Praxis*, 1864, 47, 16, p. 292, la loi Furia *testamentaria* avait pour but de s'opposer à la prodigalité par legs.

les fruits de sa ruse. Tous deux sont considérés comme ayant exercé une pression, l'un sur la volonté du testateur, l'autre sur celle du donateur. Et si dans l'un et l'autre cas la sanction de la prohibition s'exerce à des moments différents, c'est que le légataire et le donateur ne parviennent qu'à des moments différents à la possession de la somme d'argent, résultat de leur dol. C'est donc contre ceux qui s'efforcent de capter l'affection du testateur pour se faire délivrer des legs importants, que la loi Furia fut portée. Et cette idée explique que cette loi ait excepté de la prohibition, comme l'avait fait la loi Cincia, certaines personnes (1) de la part desquelles on ne peut concevoir d'autre pression sur la volonté du testateur que l'influence toute naturelle des sentiments d'affection. Au contraire, cette liste de *personae exceptae* n'apparaîtra que dans la loi Falcidia, faite dans le seul intérêt de l'héritier, et qui accorda à l'héritier à l'encontre des légataires un quart de l'actif net, en défendant au testateur de léguer plus des trois quarts.

Mais en interdisant au légataire de réclamer des legs supérieurs à mille as, la loi Furia devait par là même profiter aux héritiers. Et c'est sans doute pour cette raison que Gaius, en vue de construire un système régulier, considère la loi Furia comme le point de départ de l'évolution qui trouve sa dernière expression dans les dispositions de la loi Falcidia. En réalité notre loi se rattache bien plus intimement à l'ordre d'idées qui provoqua le vote de la loi Cincia, de la même époque (2).

(1) *Fr. Vat.*, 301, tiré du livre 71 *ad. Ed.* de Paul, où le jurisconsulte s'occupait de la loi Cincia. Ulpien, *Reg.*, 28, 7.

(2) Sur l'opinion singulière qui voit dans la loi Furia *de sponsu* et la loi Furia *testamentaria* les deux chapitres d'une même loi, cf. *suprà*, p. 73, n. 4.

2. Quelle était la sanction de la loi Furia *testamentaria* ? Cette loi donne la *manus injectio pura* contre le légataire qui aura réclamé judiciairement à l'héritier un legs supérieur à mille as, mais, pensons-nous, seulement contre celui-là.

La loi Furia ne s'appliquerait donc pas au cas où l'héritier a délivré de lui-même ou sur la simple demande du légataire un legs supérieur à 1000 as (1). La loi ayant fixé elle-même le montant du legs à payer, il y aurait dans ce cas, de la part de l'héritier, une de ces erreurs inexcusables, qui excluent toute répétition (2).

(1) Une grande différence existe, à cet effet, entre la loi Cincia et la loi Furia *testamentaria*. Les prescriptions de la loi Cincia s'appliquent, dès que le donateur a fait une donation excédant le taux légal : car, dans ce cas, la donation est présumée le résultat d'une pression du donataire sur la volonté du donateur. La question change d'aspect, lorsqu'il s'agit de la loi Furia *testamentaria*. Sans doute une pression est présumée avoir eu lieu sur la volonté du testateur, si celui-ci lègue à une personne une somme supérieure à mille as : la loi décide en conséquence que le légataire ne doit recevoir que le montant légal, c'est-à-dire que l'héritier ne se verra obligé de délivrer qu'un legs de mille as. Mais cette prescription n'empêche pas toutefois l'héritier de délivrer un legs plus important : car, connaissant forcément la loi, il fera alors de lui-même une libéralité qui ne sera pas entachée d'un vice de pression de la part du légataire, comme l'était le legs primitif du testateur. Il est d'ailleurs à remarquer que l'idée selon laquelle le respect des volontés du testateur par l'héritier, qui aurait pu agir autrement, rend efficaces les dispositions testamentaires, entachées d'un vice, a reçu à plusieurs reprises des applications. C'est cette idée qui explique encore aujourd'hui la disposition de l'article 1340 du Code civil qui déclare que « la confirmation, ratification ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit le vice de forme, soit toute autre exception. » — En outre, l'opinion contraire d'après laquelle l'héritier qui a payé tout le legs sur la simple demande du légataire, pourrait intenter la *manus injectio legis Furiae*, ne pourrait nullement concorder avec l'interprétation que nous donnons de la *manus injectio pro judicato*. Cf. ci-après, p. 96.

(2) Pour la loi Furia *de sponsu*, cf. *suprà*, p. 83. — Paul, *D.*, 22, 6, *De jur. et fact. ignor.*, 9 *pr.* Paul, citant Neratius, *D.*, *h. t.*, 2 et Labéon, *D.*, *h. t.*, 9, 3. La même solution est donnée par Paul, *D.*, *h. t.*, 9, 5

Mais, lorsque le légataire réclamera judiciairement à l'héritier un legs excédant mille as, l'héritier se verra obligé de payer. Ceci résulte a priori de la définition même de la *lex minus quam perfecta*, dont la loi Furia est l'exemple donné par Ulpien : l'acte illégal, consistant ici dans la réclamation par le légataire de son legs excessif, n'est pas, en effet, déclaré nul par la loi.

Le procès intenté par le légataire contre l'héritier en paiement de l'excédent du taux légal des legs (1), suivra donc son cours. Il ne peut même pas être question de *confessio in jure* de la part de l'héritier. On comprendrait mal qu'il pût reconnaître le bon droit de son adversaire, au moment même où il pense déjà à le contester et à invo-

in fine, pour ceux qui, dans l'ignorance du droit, n'ont pas usé des dispositions de faveur de la loi Falcidia. — C'est encore au caractère de certitude de la créance, qui ne peut excuser le paiement de l'indû, qu'on doit attacher, à notre avis, la règle d'après laquelle la répétition est toujours exclue dans la catégorie des dettes qui croissent au double au cas de dénégation. C'est là un souvenir du temps où elles s'intentaient sous les Actions de la loi par voie de *manus injectio*. Car la *manus injectio* n'étant donnée que dans les cas de créances certaines, incontestables, résultant d'une *damnatio* ou d'un jugement, on ne pouvait concevoir d'erreur de la part du débiteur sur le montant de sa dette. Et ce caractère de certitude de la créance subsista, même après la transformation des dettes où s'appliquait autrefois la *manus injectio* en dettes croissant au double *adversus infitiantem*. Une autre explication a été proposée, consistant à déclarer que, si la répétition de l'indû était admise, le débiteur pourrait éluder la règle de la *duplatio* au cas d'*infitiatio* ; il pourrait contester le droit sans risquer le double, en payant d'abord et en plaidant ensuite : Girard, *Manuel*, p. 614.

(1) Il faut remarquer que l'héritier, qui doit résister à la réclamation du légataire, n'est pas du moins dispensé de payer les mille as, montant du legs autorisé par la loi. S'il ne les payait pas, son *vindex*, considéré comme étant intervenu à tort en sa faveur, devrait payer au légataire, *manum injiciens* dans l'*actio ex testamento*, le double du montant légal (sur la condamnation au double du *vindex*, Girard, *Manuel*, p. 974, n. 4), soit deux mille as. Et ce double ne saurait être réclamé dans la suite au légataire, puisqu'en recevant deux mille as du *vindex*, le légataire n'aurait reçu que ce qui lui était dû.

quer la violation de la loi, pour intenter la *manus injectio legis Furiae*. D'ailleurs, le jeu même des règles juridiques exclut toute application de la *confessio* en notre matière. La loi Furia a en vue un legs de somme d'argent, par conséquent un legs *per damnationem*. Le légataire poursuivra le recouvrement de son legs par l'*actio ex testamento* qui s'intente à notre époque par voie de *manus injectio*, résultant de la *damnatio* du testateur. Or il ne peut être question de *confessio* au cas de *manus injectio* : car la *confessio*, constituant un abandon du droit de répondre au *lege agere*, ne peut exister que dans les actions dans lesquelles une contestation de la part du défendeur est possible : ce qui ne peut être dans la *manus injectio*, où un *vindex* seul peut s'opposer à l'exécution (1).

Le légataire exercera donc contre l'héritier la *manus injectio* née du legs *per damnationem* (2), en réclamation de l'excédent du taux légal des legs. L'héritier appellera alors à son secours un tiers ; et ce *vindex*, considéré comme étant intervenu à tort (3), sera obligé de payer au légataire le double de la somme léguée, qui excédait les mille as de la loi Furia.

(1) A. Giffard, *La confessio in jure*, thèse, Paris, 1900, p. 20. La *confessio* pourra au contraire intervenir dans les cas de *manus injectio pura* où, d'après Gaius, 4, 24, le débiteur peut se défendre lui même.

(2) Gaius, 2, 201. Ulpien, *Reg.*, 24, 4.

(3) Le *vindex*, qui sera intervenu en faveur de l'héritier, sera considéré comme étant intervenu à tort, parce que la partie du legs, réclamée par le légataire, aura été sanctionnée par la *damnatio* même du testateur, dans le legs *per damnationem*. Le légataire aura agi selon les règles légales de la *damnatio*. Seulement il se verra opposer dans la suite la disposition légale de la loi Furia, qu'il a violée. Nous assistons ici, comme dans les autres cas de *leges minus quam perfectae*, signalées dans ce chapitre, ou de *leges imperfectae*, aux véritables origines de l'exception qui, au lieu d'une réplique en forme d'action à une première action déjà exercée, consistera en une réplique au droit du demandeur, insérée dans l'action même de celui-ci.

C'est alors seulement qu'intervient la sanction de notre *lex testamentaria*. Le *vindex* va trouver dans sa condamnation, dans son propre déboursé, la raison d'être de l'exercice de la *manus injectio legis Furiae* : c'est ce qui ressort des caractères mêmes de cette *legis actio*. D'après Gaius, 4,23 (1), elle se présente tout d'abord à nous, comme une *manus injectio pura* : le défendeur peut contester lui-même le bien-fondé de la poursuite en s'exposant à la peine du double, il peut être son propre *vindex*. Mais, selon le même Gaius, 4,24, cette *manus injectio* n'est pas seulement *pura* ; elle est aussi *pro judicato*. Et le jurisconsulte, qui affirme la définition de la *manus injectio pura* dans ces termes, « *pura, id est non pro judicato* », ne peut s'expliquer l'insertion des mots *pro judicato* dans la *forma legis Furiae* (2). Ce fait, incompréhensible pour Gaius, trouve cependant une explication toute naturelle, si l'on admet avec nous qu'une *manus injectio* peut être à la fois *pura* et *pro judicato*. La *manus injectio pro judicato* est en effet

(1) Gaius, 4, 23 : *Sed aliae leges [ex quibusdam causis] constituerunt quasdam actiones per manus injectionem. sed puram, id est non pro judicato : veluti lex [Furia] testamentaria adversus eum qui legatorum nomine mortisve causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret.*

(2) Gaius, 4, 24 :.. *Nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae* PRO JUDICATO *verbum inseri, cum in ipsa lege non sit : quod videtur nulla ratione factum.* — C'est pour expliquer cette incompréhension de Gaius que Kuntze, *Cursus des röm. Rechts*, 2, p. 153, après de Ihering, *Espr. dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 115, n. 169, propose de voir dans les lois Furia *de sponsu* et Furia *testamentaria* les deux chapitres d'une même loi (cf. *suprà*, p. 73, n. 4), qui n'aurait porté dans sa rédaction les mots *pro judicato* que dans le premier chapitre concernant la loi Furia *de sponsu* ; et qui, en conséquence, aurait sous-entendu, dans le second chapitre relatif aux legs, ces mêmes mots *pro judicato*, insérés naturellement dans la *forma legis*. Ce système a rencontré peu de partisans, eu égard à la différence d'objets si grande que présenterait une telle loi. — M. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 940, considère, comme ne pouvant être expliqués, les mots *pro judicato* de la *forma legis Furiae*.

celle qui est donnée en vertu d'un jugement (1). Or, lorsqu'il s'agit de la loi Furia, c'est parce qu'il y a eu un jugement de condamnation qui a pleinement affirmé la violation de la loi et a fixé la somme certaine payée au légataire malgré les dispositions légales, que le *vindex*, intervenu en faveur de l'héritier et condamné, pourra agir par *manus injectio* contre ce même légataire. Il n'est donc pas incompréhensible que les mots *pro judicato* aient trouvé place dans la *forma legis Furiae testamentariae* (2) : ils ne se trouvaient nullement en conflit avec le caractère même de la *manus injectio pura*. Cependant, il semble qu'avec le développement des *manus injectiones purae*, les mots *pro judicato* ne furent plus insérés dans la *forma legis* (3), et ne furent conservés que dans la *manus injectio* plus rigoureuse, où l'intervention d'un *vindex* est encore nécessaire (4).

Mais, de quelle façon s'obtenait la *poena quadrupli* dont nous parle Ulpien (5) ? En exerçant la *manus injectio pura*

(1) Cf. *suprà*, p. 79 et ss.

(2) Huschke, *Nexum*, p. 143, n. 199 donne une autre explication de l'insertion des mots *pro judicato* dans la *forma legis Furiae testamentariae* : « En ce qui concerne la loi Furia, la pratique paraît avoir admis que du moins dans les cas les plus nombreux de *certa pecunia per damnationem legata*, on devait agir à l'instar de la loi Furia *de sponsu*, c'est-à-dire qu'il devait y avoir « eine mittelbar publicistiche Begrundung » et qu'en conséquence on devait agir *per manus injectionem pro judicato* ». En effet, selon Huschke, *loc. cit.*, p. 141 s., la *manus injectio pro judicato* est celle qui est donnée comme s'il y avait *judicatum*, en ce sens que, de même que le jugement, elle s'appuyait directement et indirectement sur un principe public : ce qui lui paraît être vrai au cas de la loi Publilia et de la loi Furia *de sponsu*.

(3) Cf. ci-après, p. 100, n. 2.

(4) Après la loi Vallia, qui transforma toutes les *manus injectiones* en *manus injectiones purae*, la *manus injectio pro judicato* subsista, avec sa rigueur primitive, seulement au cas de *depensum*. Gaius, 4, 25.

(5) Ulpien, *Reg.*, *pr.*, 2 : « *qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, praeter ex-*

de la loi Furia *testamentaria* (1), le *vindex* réclamait au légataire la somme que celui-ci avait exigée et reçue en violation de la loi, c'est-à-dire le double de l'excédent des mille as, taux légal des legs. D'après les règles mêmes du *manum sibi depellere*, caractérisant la *manus injectio pura*, le légataire se constituant son propre *vindex*, s'il n'y avait eu de sa part payement immédiat, se voyait donc forcé de rendre le double de ce qu'il avait reçu (2), c'est-à-dire le quadruple de la somme primitive, excédant les mille as de la loi Furia.

La *manus injectio legis Furiae* se présente donc avec le caractère nettement marqué d'une action en restitution de ce qui a été exigé contrairement à la loi. Le fait de la restitution d'un multiple de la somme perçue illégalement résulte du jeu normal des règles de procédure, intervenant au cas de *manus injectiones*. Le quadruple, payé par le légataire au *vindex* de l'héritier (3), n'est que

ceptas personas et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit. — La plupart des auteurs admettent que cette *poena quadrupli* provenait *ab initio* de la loi. En ce sens, Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 940 ; Voigt, *Condictiones ob causam*, p. 228 ; *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 502; Cuq, *Instit. jurid.*, 1, p. 552.

(1) Huschke (*Nexum*, p. 143) déclare qu'au cas de loi Furia *testamentaria*, on donna au demandeur une *manus injectio pura*, parce qu'on voulait punir le légataire qui avait réclamé un legs supérieur à mille as, de la peine du double : or ce double était obtenu par le jeu naturel de la *manus injectio*. C'est pourquoi on donna contre lui une *manus injectio pura*, au lieu d'autres *legis actiones*, qui, munies chacune d'une autre *poena temere litigantium*, aurait en réalité porté la peine à plus du double.

(2) Huschke, *Nexum*, p. 143, n. 198.

(3) Peut-être faut-il voir dans ce *vindex* de l'héritier, qui reçoit du légataire le quadruple de la somme primitive, un *quadruplator*. Cette interprétation concorderait assez bien avec le texte de Festus, V° *Quadriplatores* (Bruns, *Fontes*, 6e édit., 2, p. 30) et avec un passage de Tite-Live, 3, 72, où le peuple romain est qualifié à la fois de « *quadruplator et interceptor litis alienae* ». Elle expliquerait en outre le vœu exprimé par

la combinaison toute régulière de deux *poenae temere litigantium*, provenant l'une de la *manus injectio* du legs *per damnationem*, l'autre de la *manus injectio pura legis Furiae*. Cette démonstration justifie donc pleinement, à notre avis, le caractère de *lex minus quam perfecta*, donné par Ulpien à la loi Furia *testamentaria*. Le jurisconsulte, parlant d'une *poena quadrupli*, donnée par notre loi contre celui qui l'a violée, fait allusion à la *poena pecuniaria*, visée deux fois par Gaius, et à laquelle nous avons consacré des développements particuliers au cours de notre étude de la loi Furia *de sponsu*.

III. — *La loi Marcia de usuris**.

La loi Marcia sur la répression de l'usure, qui est vraisemblablement de la seconde moitié du VI[e] siècle (1), nous

Plaute (*Persa*, 1, 2, 51 s.) que le *quadruplator* verse au trésor la moitié de son gain.

(*) Bibliographie.— De Ihering, *Espr. dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 115 et s.— Huschke, *Nexum*, p. 122 et s., p. 143 ; Voigt, *Condictiones ob causam*, p. 234 ; *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 714 et s., 2, p. 982 ; Karlowa, *Röm. Civilprozess*, p. 197 et s. ; Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 379. ; Puchta, *Institutionen*, 1893, 2, § 261. ; Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 850.

(1) La date de la loi Genucia est certaine : elle est de l'année 412/342. Tite-Live, 7, 42, 1. Il n'en est pas de même de la loi Marcia. Parmi les auteurs qui se sont occupés de fixer sa date, les uns la placent avant la loi Genucia, les autres après. Mais presque tous ne s'appuient que sur les noms de personnages appelés Marcii, qui leur paraissent appartenir vraisemblablement au temps de la *rogatio*. Selon M. Cuq (*Inst. jurid.*, 1, p. 379, n. 4), la loi Marcia semblerait avoir été proposée par C. Marcius Rutilus, consul en 402 : la loi Marcia, qui suppose un prêt licite, devant être antérieure à la loi Genucia, qui interdit le prêt à intérêt. Cette date avait été déjà proposée par Huschke, *Nexum*, p. 123, d'après lequel la loi Marcia interdisait le recouvrement judiciaire ou extrajudiciaire des intérêts illicites ; tandis que la loi Genucia postérieure interdit toute réception d'intérêts, pour empêcher toute violation facile de la loi Marcia. — Selon M. Voigt (*Condictiones ob causam*, p. 234, n. 159a ; *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 714), la loi Marcia, postérieure à la loi Genucia, aurait été proposée par un consul de 568, Q. Marcius Philippus. La loi Marcia aurait donné

est signalée par Gaius, 4, 23, à propos des différentes catégories de *manus injectiones*.

La loi Marcia est portée contre les *faeneratores*. Elle leur défend d'exiger de leurs débiteurs des intérêts usuraires (1). Elle ne se contente pas, comme l'avait fait la loi des XII Tables (2), en infligeant à l'usurier une peine du quadruple, de punir celui qui contrevient à la loi. La loi Marcia n'a pas seulement pour but de punir le fait d'usure ; mais de réparer le dommage causé par l'exécution, poursuivie en justice, de la convention usuraire. Elle ne donne

une sanction à la loi Genucia, qui en aurait été dépourvue. Cf. *suprà*, p. 54. — A notre avis, il est dangereux de rattacher la loi Marcia à un personnage déterminé, d'autant plus que nous ne pouvons avoir la liste complète des Marcii, qui ont pu jouer le rôle de *rogatores*. La loi, selon nous, appartient à la seconde moitié du VI[e] siècle, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, dans le tableau, qui paraît dressé par Gaius dans un ordre chronologique, des lois donnant lieu à *manus injectio*, la loi Marcia se place la dernière, après la loi Furia *testamentaria*, elle-même localisée entre les années 550 et 585. D'autre part, et plus sûrement, tandis que la *manus injectio pura* de la loi Furia *testamentaria* porte encore les mots *pro judicato* (Gaius, 4.24) et semble ainsi appartenir à une époque de transition entre la *manus injectio pro judicato* et la *manus injectio pura*, celle de la loi Marcia est certainement *pura* et se placerait donc à une époque quelque peu postérieure. En sens inverse, si la loi Marcia ne nous semble pas antérieure à la loi Furia *testamentaria*, elle ne peut certainement pas être postérieure aux dernières annees du VI[e] siècle ou aux premières années du VII[e] siècle : car, comme il résulte du langage de Gaius, la loi Marcia est antérieure à la loi Vallia, qui transforma toutes les *manus injectiones*, sauf deux, en *manus injectiones purae*, et qui est au plus tard des premières années du VII[e] siècle.

(1) Gaius, 4.23 : *Sed aliae leges* [*ex quibusdam causis*] *constituerunt quasdam actiones per manus injectionem, sed puram, id est non pro judicato : veluti lex Furia testamentaria... ; item lex Marcia adversus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus injectionem cum eis ageretur*. — Sans aller jusqu'à prétendre avec M. Voigt, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 174, que la loi Marcia abolit la procédure pénale édilicienne, nous devons reconnaître que nous ne trouvons plus d'amende infligée aux usuriers par les édiles, après l'année 562/192. Tite-Live, 35, 41. Cf. *suprà*, p. 8, n. 2.

(2) Cato, *De re rustica*, *Praef*. (éd. Keil, p. 10). Cf. *suprà*, p. 7, n. 3.

pas une action pénale, comme la loi des XII Tables, mais une action en restitution de ce qui a été réclamé contrairement à la loi.

Cette action en restitution accordée au débiteur de qui le *faenerator* a exigé le paiement d'intérêts usuraires, est une *manus injectio pura* : c'est-à-dire que le *faenerator* peut contester lui-même le droit du demandeur, en s'exposant à payer le double du montant de la réclamation, sans avoir recours à l'intervention d'un tiers, nommé *vindex* (1). C'est par cette *legis actio* que le débiteur réclamera les intérêts usuraires qu'il a été obligé de payer (2).

(1) La *manus injectio*, donnée par la loi Marcia comme *pura*, est un adoucissement, comparée à la *m. inj. pro judicato*. Mais cet avantage n'a été accordé : ni parce que le défendeur condamné au double aurait vu ce double accru, dans les autres *legis actiones*, par l'adjonction d'une *poena temere litigantium* (Huschke, *Nexum*, p. 123) ; ni parce que les capitalistes étaient à la merci du premier venu, qui pouvait les accuser d'avoir extorqué des intérêts usuraires et les appréhender au corps, en attendant qu'ils eussent trouvé un *vindex* pour démontrer leur innocence (Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 379). La *m. inj.* a été donnée comme *pura*, à notre avis, pour améliorer la situation du défendeur qui, convaincu d'avoir violé la loi, n'aurait pu le plus souvent trouver de *vindex* et qui, s'il n'eût payé immédiatement, se fût alors trouvé *addictus*.

(2) Gaius, 4, 23 :... *si usuras exegissent*. Il s'agit donc, pour l'application de la loi Marcia, d'un *exigere*, d'une poursuite judiciaire, qui motivera dans la suite l'exercice de la *manus injectio*. D'après ce que nous avons dit (cf. *suprà*, p. 83), il serait naturel de trouver ici mentionnée la *manus injectio pro judicato* : car la *m. inj.* de la loi Marcia est bien donnée en vertu d'un jugement de condamnation du débiteur, rendu à la suite de la poursuite du créancier usuraire. Mais, comme nous l'apprend Gaius, 4, 23, la *manus injectio* fut donnée, par les lois Furia *testamentaria* et Marcia, comme *pura*. Pour atteindre plus sûrement ce résultat, pour permettre au défendeur de se défendre lui-même, on supprima dans la *legis actio* les termes *pro judicato* : on distinguait ainsi matériellement les *manus injectiones pro judicato* d'un nouveau genre, des anciennes où l'intervention d'un *vindex* restait toujours nécessaire. Cependant cette suppression des mots *pro judicato* dans la *legis actio* n'eut pas lieu sans hésitation : Gaius, 4, 24, nous rapporte à ce sujet que la loi Furia *testamentaria*, qui donnait une *m. inj. pura*, portait cependant dans sa *forma* les mots *pro judicato*, Car, bien que la *m. inj. pura* ne comportât pas la

Il est évident que la loi n'intervient en faveur du demandeur que lorsqu'il est incontestable qu'un fait contraire à la loi a été commis envers lui. La loi Marcia ne saurait en conséquence être rangée parmi les *leges perfectae*, qui déclarent nul tout acte illégal.

La nature de la *legis actio*, qui la sanctionne, doit la faire considérer, ce nous semble, comme une *lex minus quam perfecta*. Ici, comme au cas des lois Furia *de sponsu*, Furia *testamentaria*, probablement aussi de la loi Plaetoria la *poena*, qui est la caractéristique de toute *lex minus quam perfecta*, consistera dans la *poena temere litigantis* que fait naître l'exercice de la *minus injectio* (1).

Reste la question très délicate de savoir si le passage du Pseudo-Asconius, qui définit le *quadruplator*, fait ou non allusion à la situation créée par la loi Marcia (2). Pseudo-Asconius déclare que le nom de *quadruplator* est donné à l'accusateur de celui qui est condamné à la peine du quadruple, *ut aleae aut pecuniae gravioribus usuris feneratae*. Il est difficile d'admettre qu'il s'agisse dans ce texte d'une *poena quadrupli* (3), infligée à l'usurier par la

nécessité de l'intervention d'un *vindex*, elle n'en continuait pas moins à être donnée en vertu d'un jugement, rendant incontestable la créance du débiteur condamné, et lui permettant par là même de s'intenter par *m. injectio*.

(1) Pour la *poena temere litigantis*, cf. *suprà*, p. 86. Pour le cas de paiement immédiat : *suprà*, p. 85.

(2) Pseudo-Asconius, *in Cic. divinationem*, § 24 (Bruns, *Fontes*, 6ᵉ éd., 2, p. 72) : *Alii dicunt quadruplatores esse eorum reorum accusatores qui convicti quadrupli damnari soleant, ut aleae pecuniae gravioribus, usuris feneratae*.

(3) C'est au sujet des lois Furia *de sponsu*, Furia *testamentaria*, Marcia *de usuris*, Plaetoria, *de alea*, que M. de Ihering (*Espr. du dr. rom.*, tr. fr., 4, p. 110 s.) a formulé sa célèbre théorie de la *quadruplatio*. Le débiteur, craignant la vengeance du créancier, pouvait hésiter à se servir de l'action que lui donnait la loi. Aussi le législateur l'accorda-t-il à toute personne qui voudrait l'intenter, dans le cas où celui qui y était

loi Marcia. Si ce quadruple était donné *ab initio* par la loi, le jeu de la *manus injectio* amènerait, au cas d'*infitiatio*, à ce résultat quelque peu invraisemblable d'obliger le créancier à payer, non plus quatre, mais huit fois le montant des intérêts usuraires primitifs. Si l'on admet d'autre part que cette *poena quadrupli* résulte, comme au cas de la loi Furia *testamentaria*, du jeu normal de deux *manus injectiones* consécutives (1), on se heurte à des difficultés juridiques, qui rendent tout à fait exceptionnels les cas possibles d'application de cette peine du quadruple (2). Il nous semble plus vraisemblable de penser que le passage du Pseudo-Asconius, dans lequel nous ne devons avoir que peu de créance, se rapportait non pas à la disposition de la loi Marcia, mais à celle des XII Tables, rapportée par Caton. Il s'agit bien là en effet d'une peine du quadruple donnée *ab initio* par la loi et qui fait du débiteur lésé un véritable *quadruplator*.

directement intéressé renonçait à en faire usage. Il en fit une action populaire. Le sort dont la loi menaçait le créancier, tout le monde pouvait donc le lui infliger. Et le tiers qui exerçait l'action était nommé *quadruplator*, tirant son nom de la *poena quadrupli* que la loi commine dans plusieurs cas. Festus, V° *Quadruplatores*.

(1) En ce sens, Huschke, *Nexum*, p. 143, n. 198, où il déclare que « le quadruple dont on parle est à proprement parler un double et que le défendeur, dans ces cas, avait déjà tiré parti d'une action qu'il avait fait valoir au double. » En ce sens aussi, Karlowa, *Der röm. Civilprozess*, p 198 — Pour Huschke, *loc. cit.*, p. 143, on donne une *manus injectio pura* au cas de la loi Marcia, parce qu'on voulait punir le *faenerator* de la peine du double. Or ce double était obtenu par le seul exercice de la *manus injectio pura*. C'est pourquoi on agissait par cette *legis actio*, à la place d'autres *legis actiones* qui, munies chacune d'une autre *poena temere litigantium*, auraient en réalité porté la peine à plus du double. V. Huschke, *loc. cit.*, p. 123. — D'après M. Voigt, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 714, la loi Marcia aurait donné subsidiairement à la *manus injectio pura* une *actio popularis*, intentée devant le *forum* des *triumviri capitales*.

(2) La *poena quadrupli* n'apparaîtrait en effet qu'au cas de deux *infitiationes* successives, ce qui d'ailleurs serait possible, mais dans la pratique tout à fait exceptionnel.

Il n'en reste pas moins vrai que la loi Marcia, à cause de la nature même de la *legis actio* qui la sanctionne, doit être comptée parmi les *leges minus quam perfectae*. Elle est vraisemblablement la dernière de ces lois qui, avant l'introduction de la procédure formulaire, ne déclaraient pas nul l'acte illégal, le laissaient subsister, mais donnaient contre le contrevenant à la loi une action en répétition dont le multiple, provenant du jeu normal de règles de procédure, constituait cette *poena pecuniaria*, caractéristique de toute *lex minus quam perfecta*.

CHAPITRE IV

DÉFENSE SOUS FORME DE NULLITÉ. — DOMAINE DE LA *LEX PERFECTA*.

§ 1. — La « lex perfecta » avant l'introduction de la procédure formulaire.

La notion de la *lex perfecta* se dégage aisément, *a contrario*, de notre étude des *leges imperfecta* et *minus quam perfecta*. C'est celle qui défend un acte à peine de nullité : c'est la *lex quae vetat et rescindit*.

Une telle loi devait revêtir un caractère exceptionnel, non pas, comme le pensent certains auteurs, avant la fin de la République (1), mais avant l'introduction de la procédure formulaire. La nullité suppose en effet, pour être opposée, ou bien le pouvoir, appartenant au préteur, de *denegare actionem* ; ou, tout au moins, l'insertion dans la formule du demandeur d'une exception, permettant au défendeur de paralyser le droit de ce demandeur. Or le pouvoir de *denegare actionem* et l'*exceptio* ne datent, à notre avis, que de la loi Aebutia, introductrice de la procédure par formules, qui investit le magistrat de pouvoirs nouveaux, en le dégageant des liens qui résultaient pour lui de la loi (2). A partir de cette époque, nous ne rencontrons plus de *leges imperfectae* ou *minus quam perfectae* :

(1) Cf. *suprà*, p. 3.
(2) Girard, *N. R. hist.*, 1897, 21, p. 257-258.

celles qui présentent ces caractères se transforment d'elles-mêmes en *leges perfectae*, par le moyen des exceptions. Les nouvelles lois sont *perfectae*. Mais ce qui est la règle après la loi Aebutia (1) ne devait être que l'exception avant son apparition. Les deux lois Furia *de sponsu*, quant au chef du *biennium*, et Voconia sont les deux seules *leges perfectae* que nous connaissons, avant l'introduction de la procédure formulaire. La nullité qu'elles édictent provient, ou bien de l'application de règles déjà en vigueur dans d'autres institutions, comme pour la loi Furia, ou bien, comme pour la loi Voconia, de l'impossibilité de concevoir un autre moyen de sanction.

1. — Le « *biennio liberantur* » de la loi Furia *de sponsu*.

La loi Furia *de sponsu* ne s'occupait pas seulement de la division de la dette entre les cautions vivantes à l'échéance. Elle déclarait aussi, dans un second chef, que l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* d'Italie s'éteignait par deux ans depuis l'échéance de la dette : *sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur* (2).

Nous rencontrons cette extinction du cautionnement *tempore* dans d'autres législations, par exemple dans le droit grec (3). Mais ce n'est pas sur les législations des pays conquis que les Romains prirent modèle, lors de l'élaboration de la loi Furia. Ils imitèrent bien plutôt les règles que leurs ancêtres avaient déjà posées à Rome même, pour

(1) Sur la date de la loi Aebutia, cf. *suprà*, p. 73, n. 3.

(2) Gaius, 3, 121. — Sur la date de la loi Furia *de sponsu* et les personnes auxquelles elle s'applique, cf. *suprà*, p. 72 et s.

(3) Démosthène, *C. Apatur.*, 27 : τὸν νόμον ὃς κελεύει τὰς ἐγγύας ἐπετείους εἶναι. Mais la difficulté est de savoir si la règle posée par Démosthène s'applique à tous les cautionnements sans distinction. Cf. L. Beauchet, *Hist. du dr. privé de la républ. athénienne*, 1897, 4, p. 525-528.

des cas exceptionnels : pour l'*usucapio*, l'*actio auctoritatis*, la *satisdatio secundum mancipium*. L'*usucapio*, déjà réglée par les XII Tables, avait pour but de parfaire une acquisition restée défectueuse, soit à raison de la forme, parce qu'on n'avait pas employé le mode d'acquisition requis par le droit civil, soit à raison du fond, parce que l'aliénateur n'était pas propriétaire ou plus largement n'avait pas qualité pour aliéner valablement (1). Passé le délai d'un an pour les meubles et de deux ans pour les immeubles, l'ancien propriétaire était dépouillé de la propriété qu'il n'avait ni réclamée, ni exercée (2) ; il perdait son action en revendication. Mais, par contre-coup de ces règles de l'*usucapio*, en même temps que l'acquéreur par mancipation devenait propriétaire, il devait perdre la faculté d'intenter l'*actio auctoritatis*, dont il eût pu se servir contre son aliénateur, si celui-ci l'avait laissé dépouiller par des tiers (3). Il y avait, dans ce cas, extinction *ipso jure* de l'obligation de l'aliénateur par mancipation. Il devait en être de même, lorsque l'obligation de cet aliénateur, consistant dans le fait d'*auctoritatem praestare* au cas d'éviction, put de bonne heure, semble-t-il, être assurée par une promesse du double du prix, accompagnée de cautions (4). Dans cette promesse, dite *satisdatio secundum mancipium*, qui devait être sans doute la copie à peu près parfaite de l'obligation produite par la mancipation, les *sponsores* du vendeur étaient, eux aussi, libérés au bout de un ou de deux ans, suivant les cas, par cette même raison qu'après ce laps de temps l'ancien propriétaire ne pouvait

(1) Girard, *Manuel*, p. 296 et s.

(2) XII Tables, 6, 3. Ulpien, *Reg.*, 19, 8. Cf. Esmein, *Mélanges*, p. 172 et s.

(3) Girard, *N. R. hist.*, 6, 1882, p. 186 et s.

(4) Girard, *N. R. hist.*, 7, 1883, pp. 547-555.

pas revendiquer. Or, c'est cette libération, par le *biennium*, des *sponsores* de la *satisdatio secundum mancipium*, qui devait s'appliquer plus tard à tous les *sponsores* d'Italie. Il est donc très vraisemblable de penser que la loi Furia *de sponsu*, tout en s'inspirant de motifs nouveaux, ne fit qu'étendre à tous les *sponsores* cette libération par le *biennium*, déjà en vigueur au profit de certains (1). Les *sponsores* ou les *fidepromissores* d'Italie seront en conséquence libérés, si, pendant le délai de deux ans, on n'a pas exercé de poursuites contre eux (2). Ils ne resteront tenus que si leur obligation temporaire a été transformée en obligation perpétuelle par la *litiscontestatio*, faite avec eux (3).

Il s'agit maintenant de savoir si la libération par le *biennium* est une libération *ipso jure*, comme celle qui se produit par exemple au cas d'*acceptilatio* ; ou bien, si elle a seulement pour effet de donner au *sponsor* qui a payé après l'expiration du délai une action en restitution au temps des Actions de la loi, ou, depuis l'introduction de la procédure formulaire, une exception pour le dispenser de payer. Ceci revient à se demander : la loi Furia *de sponsu*,

(1) En ce sens, Huschke, *Recht des Nexum*, p. 186 ; Girard, *N. R. hist.*, 6, 1882, p. 190, n. 2. M. Girard, *l. c.*, remarque avec raison qu'il est difficile d'admettre, avec M. Rudorff, *Z. G. R.*, 14, p. 442, que cette libération ne se produit pour les cautions qu'autant que l'obligation garantie par elles est une obligation *auctoritatis*.

(2) Le délai courait seulement de l'échéance de la dette, ou plus largement du jour où le débiteur était soumis à l'action. Ubbelohde, *Berechnung des Tempus utile*, 1891, pp. 3-6. La *diei cessio* est confirmée par la controverse, provenant du rapprochement d'un texte de Venuleius, *D.*, 45, 3, *De stip. serv.*, 25 et d'un texte de Javolenus, *D.*, 44, 3, *De divers. tempor. praescr.*, 4.

(3) La *perpetuatio* peut être l'œuvre d'un *procurator*, d'après un texte de Paul, *lib. manualium*, *D.*, 3, 3, *De procur. et defens.*, 72, interpolé (Lenel, *Paling.*, 981), mais qui, dans sa forme première, déclarait que le *procurator* pouvait, par une *litiscontestatio*, empêcher le *sponsor* d'être libéré.

quant au chef du *biennium*, est-elle une *lex perfecta*, ou bien, comme au cas de division de la dette entre les cautions (1), une *lex minus quam perfecta* ? On a prétendu que le respect des prescriptions de la loi Furia était assuré par l'existence d'une *exceptio legis Furiae* (2) : ce qui devrait logiquement amener à décider qu'il y eut, au temps des Actions de la loi, une action en répétition donnée au *sponsor* qui avait payé après l'expiration du *biennium*.Nous pensons au contraire que la loi Furia, quant au chef du *biennium*, est une *lex perfecta* (3) : elle emporte libération *ipso jure* des *sponsores* et *fidepromissores* d'Italie, sans doute à l'exemple de ce qui se passait au cas de *satisdatio secundum mancipium*. Ceci nous semble résulter tout d'abord de ce que Gaius, 4,22,ne nous parle d'action en répétition que pour le cas le plus simple de libération par le *biennium*. D'autre part, plusieurs textes du Digeste, qui dans leur forme première se rapportaient à la *sponsio* (4),

(1) Cf. *suprà*, p. 78 et s.

(2) Demelius, *Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte*, 1856, p. 16, n. 6.

(3) En ce sens, Savigny, *Traité de dr. rom.*, tr. fr., 5, p. 411, note *b*. Mais la raison qu'il donne de l'extinction *ipso jure* de l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor*, à savoir qu'aucune *exceptio legis Furiae* n'est mentionnée, n'est en rien décisive : car l'absence d'exception pourrait n'être que le résultat d'interpolations. On ne peut pas davantage invoquer le langage de Gaius, 3, 121, puisque le même sens se retrouve pour le chef de la division de la dette entre les cautions et que, pour ce même chef, Gaius, 4, 22, nous apprend que sa sanction réside dans une *manus injectio*. — Admettent l'extinction *ipso jure* de l'obligation des cautions : Unterholzner, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen*, etc., 1840, 1, p. 527 ; Girard, *Manuel*, p. 757, p. 928, n. 2.

(4) Ulpien, citant Julien, *D.*, 17, 1, *Mandati vel contra*, 29, 6 (Lenel, *Pal.*, 130). — Celsus, *D.*, 46, 3, *De solut. et liber.*, 71, 1, relatif au cas où le *sponsor* ou le *fidepromissor* ne peut répéter, parce qu'il a payé avant l'expiration du *biennium* (Lenel, *Pal.*, 229) ; Tryphoninus, *D.*, 46, 1, *De fidejuss. et mandat.*, 69 (Lenel, *Pal.*, 32). Papinien, *D.*, 12, 6, *De cond. indeb.*, 59 (Lenel, *Pal.*, 48).

sont favorables à cette idée que celui qui n'a poursuivi le *sponsor* ou le *fidepromissor* d'Italie pendant les deux ans qui suivent l'échéance de la dette ne peut les poursuivre après ce délai, qui emporte libération de plein droit (1).

2. — La sanction de la loi Voconia (2).

La loi Furia *de sponsu*, quant à son chef du *biennium*, n'est pas la seule *lex perfecta*, que nous offre le droit romain avant l'introduction de la procédure formulaire. La loi Voconia, plébiscite de l'an 585/169 de Rome (3), dirigée contre le luxe et la dissipation des femmes (4), revêtit le même caractère. Elle comprenait vraisemblablement deux chefs distincts : en premier lieu, elle déclarait les femmes incapables d'être instituées par les citoyens appartenant à la première classe du cens (5), c'est-à-dire ayant une for-

(1) Girard, *Cours de Pand.*, 38e leçon.

(2) Bibliographie. — Savigny, *Ueber die lex Voconia*, dans *Verm. Schriften*, 1, p. 407 et s. ; Bouchaud, *Comment. sur la loi des XII Tables*, 1, p. 526-581 ; Giraud, *Du vrai caractère de la loi Voconia*, Paris, 1841 (Mém. lu à l'Académie des sc. mor. et polit.) ; Bachofen. *Die lex Voconia*, Bâle, 1843 ; Mommsen, dans *Richter's Krit. Jahrb.*, 9, 1845, p. 1 et s. ; Vangerow, *De lege Voconia*, Heidelberg, 1863 ; Claudio Jannet, *Etude sur la loi Voconia*, thèse, Aix, 1867 ; Voigt, *Condictiones ob causam*, p. 230 et s. ; Hölder, *Beiträge z. Gesch des röm. Erbrechts*, 1881, p.108 et s.; Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, pp. 938-944.

(3) Cette date de 585 est rendue certaine par la comparaison de plusieurs textes littéraires. Cicéron, *De senect.*, 5, fait dire à Caton qu'il était âgé de 65 ans, quand il prononça un discours en faveur de la loi Voconia : or Caton, d'après le même Cicéron, naquit en 520 de Rome. Elle fut en conséquence portée, sous le consulat de M. Philippus et Cn. Servilius Caepio, sur la proposition de Q. Voconius Saxa et avec l'appui décisif de Caton.

(4) Aulu-Gelle, 17, 6 ; 20, 1. Cf. Vangerow, *Ueber die lex Voconia*, p. 7 et 8 ; Paul Gide, *Condition privée de la femme*, p. 165 ; Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 940.

(5) Cicéron, *in Verrem*, 2, 42, 107 : [*Voconius*] *sanxit in posterum, qui post eos censores census esset ne quis heredem virginem neve mulierem faceret*. Cicér., *De finibus*, 2, 17-18 ; *De republica*, 3, 7. Gaius, 2, 274 :

tune de plus de 100.000 as lourds, ou de 100.000 sesterces (environ 22.000 francs); en second lieu, elle défendait peut-être à ces citoyens de la première classe, peut-être à tous, de léguer plus que ne prenait l'héritier institué, *ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent* (1). Cette dernière disposition, portée sans doute pour empêcher d'éluder par des legs la défense d'instituer des femmes héritières, s'appliqua vraisemblablement, non seulement aux femmes, mais à toutes personnes (2).

Sans nous arrêter aux nombreuses difficultés que soulève l'étude de la loi Voconia (3), il nous faut rechercher la sanction apportée par la loi à l'un et à l'autre de ses chefs. En ce qui concerne la défense d'instituer des femmes héritières, la sanction de cette disposition a résidé naturellement dans la nullité de l'institution (4). On peut tirer argument en ce sens, de ce qui se passa lors de l'affaire du testament de P. Annius Asellus (5). Ce riche ci-

Item mulier, quae ab eo qui centum millia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest. Pseudo-Asconius, *in Verr.*, 1, 41-43 : S[t] Augustin, *De civit. Dei*, 3, 21.

(1) Gaius, 2, 226. Il est possible que la loi Furia *testamentaria* ait continué à s'appliquer aux patrimoines inférieurs à 100.000 as. Le legs pouvait donc porter, si un seul héritier était institué, sur la moitié de l'hérédité. *Contrà*, Kahn, *Gesch. des röm. Frauen-Erbrechts*, p. 35 et s.

(2) Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 941 ; Giraud, *Du vrai caractère de la loi Voconia chez les Romains*, 1841, p. 36.

(3) La plupart des *leges perfectae*, notamment les lois Voconia, Falcidia, Ælia Sentia, soulevant de nombreuses difficultés et pouvant chacune faire l'objet d'une étude spéciale, nous n'insisterons que sur les notions essentielles, pour tout ce qui, au sujet de ces lois, ne se rattache pas directement à la sanction.

(4) En ce sens, Bachofen, *Die lex Voconia*, 1843, p. 120 ; Claudio Jannet, *La loi Voconia*, p. 54 ; Voigt, *Condictiones ob causam*, p. 230 ; *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 508 ; Girard, *Manuel*, p. 928, n. 5. Compar. Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 57, n. 4.

(5) Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 41-43.

toyen, profitant de ce qu'il n'était pas porté sur les registres du cens, avait institué héritière sa fille unique : ce qui, au dire de Cicéron, était parfaitement conforme à la jurisprudence (1). A peine Annius venait-il de mourir que Verrès entra en fonctions, comme préteur urbain. Aussitôt celui-ci s'entend avec L. Annius, héritier, que le testament substituait, afin de frustrer la fille de P. Annius. A cet effet, il déclare dans son édit que, dans le but de faire pleinement observer la loi Voconia, il refusera la *petitio hereditatis* et la *bonorum possessio* à toute femme qui se prétendra héritière en vertu d'un testament fait depuis les censeurs Fulvius et Posthumius : il passait ainsi sous silence la clause qui limitait la prohibition aux citoyens portés sur les registres du cens. Il ressort clairement de ce passage des Verrines, que l'application de la loi Voconia, que le préteur Verrès provoquait dans l'espèce au moyen d'une fraude, avait pour effet de frapper de nullité l'institution d'une femme comme héritière. Elle entraînait la chute du testament tout entier, à moins qu'il n'y eût une substitution, selon l'usage le plus généralement suivi.

Ainsi le testament tombait, quand le testateur n'avait qu'une fille et qu'il l'avait instituée seule héritière ; il y avait lieu dès lors à la succession ab intestat. Mais, si la fille du testateur était *in potestate*, c'était elle-même qui

(1) La loi Voconia n'admettait à ses règles aucune exception, fondée sur les liens de parenté, à l'encontre des lois Cincia et Furia *testamentaria*. La fille du testateur n'était même pas exceptée. S[t] Augustin, *De civit. Dei*, 3, 21 : *Lata est etiam illa lex Voconia, ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam*. Mais elle ne devait s'appliquer qu'aux citoyens qui avaient été recensés, comme ayant la fortune visée. Gaius, 2, 274 ; Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 41, 104 ; 42, 107 ; 43, 111. C'est pourquoi, dans son testament (Girard, *Textes*, p. 722), Dasumius, qui a cependant beaucoup plus du cens de la première classe, paraît néanmoins instituer plusieurs personnes du sexe féminin, notamment sa fille.

profitait de l'application de la loi Voconia et de la chute du testament qui en découlait : elle recueillait la succession entière sans aucune charge de legs (1). Ce résultat peut paraître singulier au premier abord. Mais il s'explique parfaitement, si l'on admet que la loi Voconia ait eu pour but de protéger les droits de la famille agnatique contre la liberté de tester (2), dont on usait de plus en plus largement. En effet, la fille ou la femme du *de cujus* ne pouvait lui succéder ab intestat qu'autant qu'elle était soumise à sa *potestas* ou à sa *manus* : dans ce cas, elle tombait nécessairement sous la tutelle de ses agnats, dont les droits se trouvaient pleinement sauvegardés. Il était seulement à craindre que l'institution comme héritière ne s'adressât à une fille émancipée ou mariée avec *manus*, soustraite par là même à la tutelle des agnats qu'elle aurait eus, si elle fût demeurée soumise à la *potestas* du *de cujus* : mais la loi Voconia, qui n'admettait aucune exception (3), pas même en faveur de la fille unique du testateur, provoquait alors la chute du testament.

Reste la question plus délicate de savoir, en ce qui concerne le second chef de la loi, relatif à la défense de léguer plus que ne prenait l'héritier institué, si les legs dépassant la part des héritiers étaient annulés ou seulement réduits. Les textes de Gaius et de Cicéron donnent à penser qu'il y avait seulement lieu à réduction (4). Quoi qu'il en soit,

(1) Claudio Jannet, *Etude sur la loi Voconia*, Thèse, Aix, 1867, p. 54.

(2) Cicéron, *De re publica*, 3, 7 : *quae quidem ipsa lex, utilitatis virorum gratia rogata, in mulieres plena est injuriae.* — Cf. Schmidt, *Das formelle Recht der Notherben*, 1862, p. 22, n. 63.

(3) Sauf cependant pour les Vestales : Cicéron, *De re publica*, 3, 10.

(4) On peut, en faveur de cette opinion, tirer un argument de l'emploi, plusieurs fois répété, du mot « *plus* ». Gaius, 2, 226 : *ne cui plus... capere liceret quam heredes caperent.* Cicéron, *De finibus*, 2, 17 ; *in Verrem*, 2, 1, 43 : *Quid si plus legarit quam ad heredem heredesve perveniat.*

la loi Voconia n'était pas sanctionnée, comme le pensent certains auteurs (1), par une peine du quadruple, analogue ou similaire à celle de la loi Furia *testamentaria*. Aussi bien pour ce second chef que pour le premier, elle doit être considérée comme une *lex perfecta* (2).

On a cependant prétendu qu'elle avait revêtu le caractère d'une *lex minus quam perfecta*, en ce que les dispositions, contraires à ses prescriptions, devaient, à titre de peine, être versées à l'*aerarium* (3). Selon Pline le Jeune, *Panegyr.*, 42 : « *Locupletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Juliae leges quam majestatis singulare et unicum crimen eorum qui crimine vacarunt* ». L'interprétion la plus simple et la plus probable de ce texte nous paraît consister en ce que tombaient dans l'*aerarium*, en tant que caduques, les hérédités laissées aux femmes, contrairement à la loi Voconia, dans les cas où il ne pouvait y avoir lieu ni à substitution, ni à succession ab intestat (4).

(1) En ce sens, Voigt, *Condictiones ob causam*, p. 229, n. 150 ; *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 503 ; Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 57.

(2) En ce sens, Bachofen, *Die lex Voconia*, p. 120 ; Girard, *Manuel*, p. 928, n. 5 ; *Organis. judic.*, 1, p. 197, n. 2. M. Cuq, *Instit. jurid.*, 1, p. 553, n. 3, considère la loi Voconia comme une *lex imperfecta*. Sur le caractère de la *lex imperfecta*, cf. *suprà*, p. 13 et s.

(3) En ce sens, Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 941, qui déclare toutefois qu'il n'y avait, dans ce cas, aucune *poena* et, en conséquence, ne reconnaît pas à la loi le caractère d'une *lex minus quam perfecta*. « Was jemand über das Mass dessen, was ihm *capere licebat*, hinaus empfing, fiel als *caducum* an das Arar. » — Compar. Fr. Balduinus, dans Heineccii *Jurisprudentia romana et attica*, 1738, 1, c. 181.

(4) Cette interprétation amènerait à reconnaître que la loi Voconia régla, dès avant les lois Julia et Papia Poppaea, l'attribution à l'*aerarium* des biens d'une succession vacante, qui n'étaient auparavant attribués à personne, en dehors de la vente par les créanciers ou de l'occupation par un usurpateur. — On s'est basé sur ce passage de Pline, *Panegyr.*, 42 et sur un texte de Dion Cassius, 56, 25, pour prétendre que la loi Voconia aurait créé un impôt sur les successions, précurseur de la *vicesimaria* postérieure d'Auguste. Cette idée, qui ne peut être que douteuse, comme

Nous devons enfin rechercher comment la loi Voconia assurait le respect de ses prescriptions, dans le cas où un citoyen de la première classe, jaloux de conserver sa liberté d'instituer des femmes héritières, ne s'était pas fait inscrire au cens. Au temps de la République où l'institution du cens était en pleine vigueur, la peine de la servitude était prononcée contre ceux qui ne se présentaient pas, aux époques désignées, devant les censeurs. Cette peine ne fut jamais abolie expressément (1). Mais, comme à partir de Sulla l'opération du cens n'eut lieu que très irrégulièrement, on ne put appliquer cette peine qu'à de longs intervalles. La désuétude du cens devait ainsi expliquer le nombre considérable de citoyens qui n'étaient pas recensés dès la fin de la République, et qui pouvaient en conséquence enfreindre les dispositions de la loi Voconia, en instituant des femmes héritières (2).

§ 2. — La « lex perfecta » après l'introduction de la procédure formulaire.

Après la loi Aebutia, introductrice de la procédure formulaire, nous ne pouvons plus citer d'exemples de *leges imperfectae* ou *minus quam perfectae* (3). Les lois qui pré-

toute explication du passage de Pline, a été émise par Bachofen, *Die lex Voconia*, pp. 121-122, suivi par Mommsen, *Krit. Jahrh. f. deutsche Rechtsw.*, 1845, 9, p. 12.

(1) Cicéron, *Pro Caecina*, 34, la déclare encore en vigueur de son temps ; Ulpien, *Reg.*, 11, 11, la mentionne encore.

(2) Parmi les moyens qui servirent à tourner les prescriptions de la loi Voconia, il faut citer les fidéicommis, et principalement la *partitio legata* ou *legatum partitionis*. Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, 2, pp. 942-943.

(3) Les exemples que nous pourrions à la rigueur donner de *leges minus quam perfectae*, les *leges repetundarum* depuis la loi Acilia et la loi Cincia transformée quant au chef relatif aux honoraires des avocats,

sentaient ces caractères de *non rescindere* ou d'*injungere poenam* empruntent elles-mêmes, comme nous le verrons, aux *leges perfectae* leurs avantages, au moyen des exceptions. A plus forte raison, les nouvelles lois sont-elles *perfectae*. Telle est la conséquence des nouveaux pouvoirs reconnus au préteur de *denegare actionem* et d'accorder des exceptions (1).

La première de ces *leges perfectae*, sous la procédure formulaire, fut peut-être la loi Cornelia *de adpromissoribus*. Cette loi, qui date vraisemblablement du VII° siècle de Rome ou, au plus tard, du début du VIII° siècle (2),

ne font pas partie de notre étude, comme se rattachant au droit criminel : cf. *suprà*, p. 71.

(1) Cf. *suprà*, p. 4.

(2) La Loi Cornelia *de adpromissoribus* peut être localisée entre deux dates extrêmes. D'une part, elle est certainement antérieure à la loi Julia *de vicesima hereditatium*, de l'an 6 ap. J.-C., qui, d'après Gaius, 3, 125, apporta des exceptions aux règles de la loi Cornelia. D'autre part, elle est certainement postérieure à l'introduction de la *fidejussio* ; car elle vise les trois sortes d'*adpromissores*. Or la *fidejussio* ne date vraisemblablement que du VII° siècle, la loi Cicereia, postérieure elle-même aux lois Apuleia et Furia, ne la connaissant pas encore (Gaius, 3, 123). Et l'on doit même ajouter, si l'on admet que le *praejudicium* de la loi Cicereia a été établi par la loi même, que cette loi est postérieure à la loi Aebutia, elle-même postérieure à 605, comme le sont tous les *praejudicia*, sauf la *causa liberalis*, dont le caractère de *praejudicium* est très douteux. Cf. Girard, *Cours de Pand.*, 30° leçon. En conséquence, la loi Cornelia, qui date du VII° siècle de Rome, ou, au plus tard, du début du VIII° siècle, peut bien dater de Sulla (a. 673, année de sa dictature ou a. 666, année de son consulat), Mais rien n'est moins certain, la loi pouvant être l'œuvre d'un des nombreux Cornelii du VII° siècle : comme la loi Cornelia de 687, qui donna à l'édit du préteur un caractère de mandat impératif à l'égard des justiciables, la fut d'un tribun, du nom de Cornelius (Asconius, *in Cicer.*, *Pro Cornel.* (éd. Kiessling et Schoell, 1875, p. 52). En ce sens, Girard, *Cours de Pand.*, 27° leçon ; *Manuel*, p. 41. — Selon l'opinion toute conjecturale de M. Voigt, *Jus naturale*, 4, p. 425, n. 80, la loi Cornelia *de sponsoribus, fideprom. et fidejussoribus* (Gaius, 3, 124-125) et celle sur les jeux (Marcien, *D.*, 11, 5, *De aleatoribus*, 3) seraient des chefs de la loi Cornelia *sumptuaria* de 673. Voigt, *Ueber die lex Cornelia sumptuaria*, dans

fixait un maximum assez bas au taux de l'engagement de la caution. Elle défendait à tout *adpromissor* de s'engager envers le même créancier au profit du même débiteur principal pour une somme supérieure à 20.000 sesterces (4.400 fr.), dans la même année (1).

Elle ne s'appliquait, semble-t-il, qu'au cautionnement des obligations contractuelles. Cependant la règle reçut des exceptions, soit de la loi Cornelia elle-même, soit de la loi Julia *de vicesima hereditatium*. Cette dernière loi, de l'an 6 après J.-C., déclarait que la loi Cornelia ne s'appliquait pas aux *satisdationes*, fournies en vue d'assurer la perception de l'impôt, et dont les formulaires devaient être affichés dans les différents bureaux de perception de la *vicesima* (2). Il y avait encore des exceptions à la règle, provenant de la loi Cornelia elle-même : en matière de legs, de dot ou pour la caution exigée par le juge, d'après Gaius, 3, 125, dont l'énumération est peut-être incomplète (3).

En ce qui concerne la sanction, le texte de Gaius est mutilé à l'endroit essentiel. Après avoir donné, dans la première phrase, la portée de la loi Cornelia, Gaius, 3, 124, ajoute : *et quamvis sponsores vel fidepromissores in ampliorem pecuniam, veluti si sestertium C milium*... La finale fait défaut. Deux restitutions sont possibles, selon que l'on admette que la loi Cornelia frappe l'engagement

Berichte über die Verhandlungen der könig. sächsischen Gesellsch. der Wissenschaften, Leipzig, 1891, 42, p. 244 et s.

(1) Gaius, 3, 124.

(2) Gaius, 3, 125.

(3) Il se pourrait que la loi Cornelia, comme la loi Cincia et Furia *testamentaria*, ait excepté des parents. En ce sens, Lenel, *Ed. perpet.*, p. 169 = tr. fr., 1, p. 246, s'appuyant sur Gaius, *D.*, 38, 10, *De grad. et affinibus*, 1.

des cautions pour le tout, « *non tenentur* » ; ou seulement pour ce qui dépasse le taux légal, « *tamen dumtaxat XX tenentur* (1) ».

Il faut aussi se demander si la loi Cornelia donne, comme la loi Furia *de sponsu*, une action en restitution à la caution dont l'engagement excède le taux légal, ou bien si elle frappe de nullité cet engagement. M. Lenel déclare que la loi Cornelia semble avoir été une *lex imperfecta* (2), en ce sens qu'elle défendait de se porter caution, au delà d'une certaine limite, mais ne prononçait pas, au cas contraire, de nullité. Elle aurait été sanctionnée après coup, par l'initiative du préteur, au moyen d'une action en répétition, semblable à celle de la loi Furia *de sponsu* ; et ensuite par une exception, qui était une simplification toute naturelle de l'action, comme les *exceptiones legis Cinciae et Plaetoriae* le furent des actions données par ces lois. M. Lenel invoque principalement, à cet effet, les termes employés par Gaius, 3, 24 : *Qua lege... vetatur... obligari*. Les mots *qua lege vetatur*, que l'on retrouve chez Ulpien, *Reg. pr.*, dans ses définitions des *leges*, indiqueraient une loi qui défend un acte, sans le rescinder. Je crois cette démonstration inadmissible. Car, si le mot *vetatur* se trouvait dans les définitions des *leges imperfectae* et des *leges minus quam perfectae*, rien n'empêche qu'il se soit trouvé dans celle de la *lex perfecta*. Reconnaître à notre loi Cornelia le caractère d'une *lex perfecta*, frappant de nullité l'engagement excessif de la caution, est plus simple et plus conforme aux modifications apportées dans la sanction des lois par la procédure formulaire (3).

(1) Girard, *Textes*, p. 260, n. 2.
(2) Lenel, *Ed. perpet.*, p. 171 = tr. fr., 1, p. 247.
(3) En ce sens, Girard, *Cours de Pand.*, 28e leçon.

Ce qui ne peut être que probable, dans l'état actuel des sources, pour la loi Cornelia *de adpromissoribus*, nous paraît certain pour les lois Falcidia, Fufia Caninia, Aelia Sentia : toutes trois sont des *leges perfectae*, *quae rescindunt* (1).

La loi Falcidia, plébiscite de l'an 714 (2), au temps du triumvirat, eut pour but de tracer des limites au pouvoir de léguer du testateur et par là même de donner à l'héritier un réel intérêt à faire l'adition d'hérédité (3). Elle accorda à l'héritier à l'encontre des légataires un quart de l'actif net, en défendant au testateur de léguer plus des trois quarts, *ne plus civi Romano legare liceat quam dodrantem* (4). Si les legs dont un héritier était grevé dépassaient les trois quarts de l'hérédité ou de la fraction de l'hérédité pour laquelle il était institué, ces legs étaient tous réduits, *ipso jure*, au moment du décès (5), propor-

(1) Certains auteurs reconnaissent le caractère de *lex imperfecta* à la loi Cicereia, qui oblige le créancier qui a reçu des cautions à déclarer dans un certain délai, publiquement, le montant de la dette et le nombre des cautions (Gaius, 3, 123). En ce sens, P. Krueger, *Sources*, tr. fr., p. 25, n. 3 ; Girard, *Manuel*, p. 928, n. 5.

(2) Dion Cassius, 48, 33. La loi fut probablement votée dans le but d'assurer le rendement d'un impôt de guerre, porté sur les successions testamentaires. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, 943. Elle exceptait les militaires, d'après Gaius, *D.*, 29, 1, *De testam. militis*, 17, 4. Justinien, *Nov.* 1, c. 2, 2, admit deux nouvelles exceptions, en permettant au testateur d'y soustraire le légataire, et en enlevant le droit de l'invoquer à celui qui ne ferait pas inventaire.

(3) Gaius, 2, 224. *Inst.*, 2, 22, *De leg. Falc.*, *pr.* Theophil., *De leg. Falc.* Cf. *suprà*, p. 89. La loi Falcidia édictait ses dispositions tout spécialement pour les citoyens romains. Cf. Wlassak, *Röm. Processgesetze*, 2, p. 158 ; Voigt, *Röm. Rechtsg.*, 1, p. 503.

(4) Sur les corrections à apporter au texte de la loi Falcidia, transmis par le Digeste : cf. Gradenwitz, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 116-117.

(5) La réduction a lieu, dès que chaque héritier, individuellement, n'a pas sa quarte *jure hereditario*, ce qui fait qu'elle n'est écartée ni par les legs, ni par les donations dont il peut avoir été gratifié par le défunt : Gaius, *D.*, 35, 2, *Ad. leg. Falcid.*, 77. La réduction ayant lieu au jour du

tionnellement à leur importance : *quod si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso jure minuuntur* (1). Il ressort de là que la loi Falcidia est une *lex perfecta*. Cependant il s'agit de déterminer les moyens de droit que l'héritier a à sa disposition, pour s'assurer le bénéfice de la quarte.

Si les choses léguées sont encore dans la possession de l'héritier, celui-ci retiendra une partie de chacun des objets qui ont été légués, lorsque ces objets sont partageables en nature ; ou, plus simplement, il sera copropriétaire indivis avec le légataire, en ce qui concerne les objets légués (2). Il en résulte que le légataire *per vindicationem* dont le legs se trouve réduit par la loi Falcidia ne deviendra propriétaire que d'une part indivise. Et si le légataire *per vindicationem* ou *per damnationem* d'un legs certain

décès, les accroissements ou les détériorations postérieures sont en effet : Gaius, *D.*, *h. t.*, 73, *pr.* — Sur les difficultés soulevées par la réduction, notamment sur le point de savoir ce qu'il advient, au cas où l'un des institués ne recueille pas sa part et où l'autre la prend à charge de payer les legs, selon le système de l'accroissement avec charge. Cf. Girard, *Manuel*, p. 912, n. 1, et principalement Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 2, §§ 535 et 536.

(1) Gaius, *D.*, 35, 2, *Ad legem Falcidiam*, 73, 5.— La loi Falcidia a été l'objet de nombreuses études, notamment en Allemagne, où elle est restée en vigueur jusqu'à la promulgation du nouveau Code civil allemand. Aussi les plus savantes dissertations se rencontrent-elles souvent dans des ouvrages de droit allemand récent : Vangerow, *loc. cit.* ; Brinz, *Lehrbuch der Pand.*, 3, p. 367 s. ; Kœppen, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, 1895, p. 752-769.

(2) Une controverse s'était élevée parmi les jurisconsultes au sujet du legs d'usufruit, dont la valeur dépassait les trois quarts de l'hérédité ou de la fraction d'hérédité pour laquelle l'héritier était institué : *D.*, *h.t.*, 1, 9. Paul, *lib. singul. ad leg. Falcidiam*, rapporte que les *veteres* estimaient la valeur de l'usufruit ; et l'héritier agissait contre le légataire pour obtenir une partie de cette valeur. Mais Ariston, dont l'opinion, admise par Julien et par Paul, triompha, proposa que l'héritier retiendrait directement le quart de l'usufruit légué, de même qu'il retenait le quart des choses corporelles.

soumis à la réduction demande le tout, il commettra une *plus petitio* (1).

Si les choses léguées ne sont plus dans la possession de l'héritier, celui-ci aura à sa disposition, dans presque toutes les hypothèses (2), un moyen de droit qui lui assurera le bénéfice de sa quarte, en lui faisant recouvrer la possession de ces choses. Si, au moment de la mort du testateur, l'objet légué se trouvait déjà entre les mains du légataire, l'héritier aura le choix entre deux voies de droit. Il pourra, du moins à partir d'une certaine époque (3), recouvrer la possession de l'objet légué en entier, au moyen de l'interdit *quod legatorum*. Se trouvant copropriétaire de la chose léguée, il pourra aussi en réclamer, par l'action

(1) Girard, *Manuel*, p. 912, n. 1; p. 1023. Le légataire qui craint de commettre une *plus petitio* en revendiquant le montant d'un legs réduit peut-être par la loi Falcidia, peut, au lieu de la *rei vindicatio* ordinaire, intenter une *vindicatio incertae partis*. Ulpien, *D.*, 5, 4, *Si pars hered. petatur*, 1, 5. — Si l'héritier est grevé de plusieurs legs vis-à-vis d'une même personne, et s'il a acquitté quelques-uns de ces legs en totalité, sans en déduire sa quarte, il peut faire cette déduction après coup, sur les legs qu'il lui restera à délivrer; si le légataire réclame qu'il ne recevra, après cette déduction tardive, l'héritier pourra le repousser par l'*exceptio doli* : Scaevola, *D.*, *h. t.*, 16, *pr.* et 1.

(2) Il est un cas où l'héritier ne peut agir pour recouvrer la possession de la chose, qui se trouve actuellement entre les mains du légataire : le cas de délivrance du legs par l'héritier lui-même, *C.*, 6, 50, *ad leg. Falcidiam*, 9. L'erreur de l'héritier, dans ce cas, constitue une erreur de droit inexcusable : cf. *suprà*, p. 92. Ce n'est que plus tard, vraisemblablement, qu'une *condictio indebiti* fut accordée à l'héritier, au cas d'une simple erreur de fait de sa part. — Dans les cas où l'héritier ne connaissait pas le chiffre exact de la masse des legs, ou le chiffre exact du passif de la succession, et qu'il craignait de délivrer des legs pouvant entamer sa quarte, le préteur lui permit d'exiger des légataires et des fidéicommissaires, auxquels il délivrerait des legs, une caution, pour assurer la restitution éventuelle de la portion qu'il leur aurait indûment payée. Ulpien, *D.*, 35, 3, *Si cui plus q. per leg. Falc.*, 3, 1.

(3) L'interdit *quod legatorum*, qui avait été fait pour le *bonorum possessor* (Girard, *Manuel*, p. 900, n. 1), fut étendu plus tard à l'héritier civil, comme le témoignent de nombreux textes interpolés du Digeste.

en revendication, la part qui devra compléter sa quarte (1). Mais, dans la crainte de commettre une *plus petitio*, il pourra, au lieu de la *re vindicatio* ordinaire, intenter une *vindicatio incertae partis*. Toutefois, s'il s'agit d'une chose incorporelle, par exemple d'une dot ou d'un *legatum debiti*, dont la valeur entame la quarte due à l'héritier, il y aura lieu d'intenter une *actio in factum* (2).

Enfin, si un légataire *per damnationem* s'est fait mettre par l'héritier en possession d'un legs excessif, en le trompant sur la consistance de l'hérédité, et en lui persuadant qu'il pouvait sans danger payer intégralement tous les legs, l'héritier pouvait intenter contre ce légataire frauduleux l'*actio de dolo malo* (3).

Le même caractère de *lex perfecta* se retrouve dans deux lois, qui toutes deux eurent pour but de restreindre les affranchissements : la loi Fufia Caninia, d'une année incertaine du règne d'Auguste (4), et la loi Aelia Sentia, de l'an 757 de Rome = 4 après Jésus-Christ (5).

(1) Scaevola, *D.*, 35, 2, *Ad. leg. Falcidiam*, 26, *pr.*

(2) Pour le cas de dot : Papinien, *D.*, 31, *De leg. et fideic.*, 77, 2. Pour le cas de *legatum debiti*, Paul, *D.*, 35, 2, *Ad leg. Falc.*, 1, 11. — La loi Falcidia qui fut d'abord étrangère aux *mortis causa capiones*, parce qu'elle portait sur l'*hereditas*, leur fut ensuite étendue par Sévère, d'après Gordien, 8, 56 (57), *De mort. caus. donat.*, 2, 2. Girard, *Manuel*, p. 937, n. 4.

(3) Gaius, *D.*, 4, 3, *De dolo malo*, 23. Il s'agit, dans ce texte, d'un legs *per damnationem*, et non d'un legs *per vindicationem*, parce que, dans ce cas, l'héritier pouvait intenter la *rei vindicatio* et que l'*actio de dolo* est subsidiaire. D'autre part, c'est l'*actio de dolo* et non la *condictio indebiti* que l'héritier devait exercer : car la *condictio indebiti* n'est pas admise, lorsqu'il s'agit d'une dette croissant au double *adversus infitiantem*. Or il en est précisément ainsi de l'*actio ex testamento*, qui sanctionne le legs *per damnationem*.

(4) Suétone, *Vita Octav.*, 40 : *Manumittendi modum terminavit*. M. Voigt, *Röm. Rechtsg.*, 2. p. 160, n. 8, place la loi en l'an 742, selon son procédé habituel de fixation des dates : les fastes consulaires signalent en cette année un consul suffect du nom de C. Caninius Rebilus.

(5) Dion Cassius, 55, 13.

La loi Fufia Caninia restreignit les affranchissements testamentaires. Par ostentation, peut-être pour augmenter l'éclat de leurs funérailles (1), certains testateurs affranchissaient en masse leurs esclaves. Aussi, vers le début de l'Empire, la loi déclara-t-elle que tous ceux qui auraient plus de deux esclaves ne pourraient en affranchir qu'une partie, sans que le nombre des affranchissements fût jamais supérieur à cent. Elle prescrivit en même temps de les affranchir nominativement (2). Sa sanction consista dans la nullité de tous les affranchissements, faits en plus du nombre permis par la loi (3).

La loi Aelia Sentia est beaucoup plus importante. Elle fut portée dans un triple intérêt : dans celui du maître, qu'on voulait protéger contre son inexpérience, dans celui de l'État qui avait à craindre l'introduction dans la cité de membres indignes ou d'honorabilité douteuse, dans celui des tiers dont le gage, consistant dans le patrimoine du *manumissor*, leur débiteur, pouvait se trouver fortement diminué par des affranchissements (4).

Cette loi contient quatre dispositions principales. En premier lieu, elle défend au maître mineur de vingt ans d'affranchir ses esclaves, s'il n'existe une juste cause d'affranchissement (5) : parenté en ligne directe avec l'esclave,

(1) Cuq, *Instit. jurid.*, 2, p. 138.

(2) Gaius, 1, 42-46, donne de nombreux détails sur cette loi Fufia Caninia, principalement au sujet de la proportion qui doit exister entre le chiffre des affranchissements et le nombre total des esclaves du testateur : *sed praescribit lex, ne cui plures manumittere liceat quam C.* De même Ulpien, *Reg.*, 1, 24-25 ; Paul, *Sent.*, 4, 14. D'après Paul, *l. c.*, 1, un sénatusc. Orfitien décida dans la suite, qu'il suffirait de désigner l'esclave d'une manière certaine.

(3) La loi Fufia Caninia fut abolie par Justinien, *Inst.*, 1, 7, *De lege Fufia Caninia sublata.*

(4) Cuq, *l. c.*, 2, p. 138.

(5) Gaius, 1, 38-39. Loi de Salpensa, c. 28, *in fine*. Pour l'affranchisse-

intention de l'épouser, etc. C'est là une disposition d'autant plus restrictive que le maître arrivé à la puberté, c'est-à-dire dans la doctrine qui a prévalu, âgé de quatorze ans, peut, en droit civil, librement disposer de tous ses autres biens (1). L'appréciation de la juste cause d'affranchissement est soumise à un *consilium manumissionis*, se composant à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers, présidés par le préteur (2); dans les provinces, de personnes inscrites sur les listes des jurys, de vingt récupérateurs, présidés par le gouverneur. Si la légitimité du motif est reconnue, l'affranchissement a lieu par la vindicte, *apud consilium* (3). S'il est fait autrement ou sans l'autorisation du *consilium*, il est nul.

La loi interdit, en second lieu, l'affranchissement fait en fraude des créanciers. Tant que le système des XII Tables, selon lequel le débiteur insolvable était mis à mort ou vendu comme esclave à l'étranger, resta en vigueur, il n'était guère à craindre qu'un débiteur se rendît sciemment insolvable ou plus insolvable. Mais ce danger devint beaucoup plus sérieux, quand ce système des XII Tables fut remplacé par l'emprisonnement privé et surtout par l'exécution sur les biens. Aussi le préteur était-il intervenu

ment *matrimonii causa*, cf. Modestin, *D.*, 40, 9, *Qui et a quib. manum.*, 21.

(1) Girard, *Manuel*, p. 119.

(2) Gaius, 1, 20, déclare que les chevaliers devaient être pubères. Il y a sans doute là une erreur du copiste : il est en effet inadmissible que des chevaliers de 14 ans aient pu siéger à côté des sénateurs. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 1110. Le *consilium manumissionis*, d'après Gaius, 1, 20, se réunit à Rome *certis diebus*, et dans les provinces, *ultimo die conventus*.

(3) Gaius, 1, 38 : *Eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam [si] vindicta apud consilium justa causa manumissionis adprobata [fuerit]*. De même, Ulpien, *Reg.*, 1, 12. — Exemples de *manumissiones ad consilium* : *C. I. L.*, VI, 1877 ; XIV, 1437.

pour mettre une limite à la liberté de frauder les créanciers, en organisant contre les auteurs de la *fraus creditorum* une action correspondante aux actions *de dolo* et *quod metus causa*, l'action paulienne. Mais ces dispositions du préteur, qui existaient déjà certainement du temps de Cicéron (1), n'atteignaient pas les affranchissements, qui sont des actes irrévocables. La loi Aelia Sentia leur étendit le système protecteur des droits des créanciers, en décidant qu'en pareil cas, l'affranchissement serait non pas révoqué, mais nul dès le principe : *is quis in fraudem creditorum manumittit nihil agit* (2).

Etait également nul l'affranchissement fait en fraude du patron du *manumissor*, et qui diminuait d'autant la part qui revenait à ce patron dans la succession de son affranchi (3).

En ce qui concerne ces deux dispositions, que nous venons d'analyser, la loi Aelia Sentia est une *lex perfecta*. Au contraire, elle ne revêt pas ce caractère, pour ses deux autres chefs : elle y édicte des sanctions dont la nature originale empêche de la faire rentrer dans la division de nos lois. Elle défend ainsi d'affranchir l'esclave qui n'a pas atteint l'âge de trente ans, sans l'existence d'un motif sé-

(1) C'est d'elle que parle vraisemblablement Cicéron, *Ad Att.*, 1, 1, 3. En ce sens, Girard, *Manuel*, p. 425, n. 1.

(2) *Inst.*, 1, 6, *Qui ex quib. caus. manum. non poss.*, *pr.*, 3. On exigeait, pour qu'il y eût *fraus creditorum*, un préjudice matériel, *eventus damni*, et l'intention frauduleuse, *consilium fraudis*. Sur la controverse qui s'éleva entre Sabiniens et Proculiens sur la question de savoir si l'on devait appliquer la loi, quand le débiteur avait pour héritier une personne solvable, ou quand il avait subordonné l'affranchissement à la condition que ses dettes seraient intégralement payées, cf. Cuq, *Inst. jurid.*, 2, p. 140, n. 2.

(3) Gaius, 1, 37 : [*Nam is qui*] *in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.* Ulpien, *Reg.*, 1, 15.

rieux, laissé à l'appréciation du *consilium manumissionis* (1). Si les formalités n'ont pas été observées, l'esclave ne devient pas affranchi citoyen, mais seulement Latin Junien. — Enfin, la loi défend de rendre citoyens les esclaves qui ont subi en captivité un châtiment grave (*vincti tortive*) (2). Leur affranchissement les fit seulement devenir pérégrins (3).

§ 3. — La nullité invoquée exceptionis ope dans les leges imperfectae et minus quam perfectae.

Après l'introduction de la procédure formulaire, les *leges perfectae* et *minus quam perfectae* devaient tendre à acquérir les mêmes avantages que les nouvelles lois, déclarant nul tout fait contraire à la loi. Mais comme elles n'avaient à l'origine édicté aucune nullité et qu'en conséquence cette nullité ne pouvait avoir lieu *ipso jure*, elles durent prendre un biais. On reconnut au défendeur le droit de faire insérer dans la formule du demandeur, après l'*intentio*, un moyen de défense : ce fut l'exception. On ne permit plus, comme auparavant, au demandeur de violer la loi en accomplissant un acte qui lui fût contraire, sauf à se voir obligé d'en réparer les fâcheuses conséquences au moyen d'une action en restitution, munie ou non d'une *poena*. On put, dès le principe, repousser la demande par

(1) Gaius, 1, 18-20. Ulpien, *Reg.*, 1, 12.

(2) Gaius, 1, 13, 15 et 26. — Par exception, l'esclave mineur de trente ans devient citoyen romain, s'il a été affranchi par testament et institué seul héritier par un maître insolvable : Gaius, 1, 21 ; Ulpien, *Reg.*, 1, 14. Mais, d'après Gaius, 2, 276, un sénatusconsulte défendit d'affranchir et d'instituer héritier un esclave mineur de trente ans.

(3) Ces deux dernières dispositions furent abolies par Justinien, *Inst.*, 1, 5, *De libertinis*, 3 ; *C.*, 7, 5, *De ded. lib. toll.*, 1 ; *C.*, 7, 6, *De Lat. lib. toll.*, 1.

l'*exceptio*. Parallèlement à la nullité *ipso jure*, venant des lois nouvelles, se plaça la nullité invoquée *exceptionis ope* dans les anciennes *leges imperfectae* ou *minus quam perfectae* (1).

Nous ne pouvons ici que rappeler en peu de mots les résultats de notre étude analytique. Ces exceptions, qui transforment le caractère de nos lois, et dont quelques-unes, comme celles des lois Cincia et Plaetoria étaient spécialement étudiées dans les commentaires sur l'Edit (2), rentrent dans la catégorie des exceptions, placées sous l'intitulé général *si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur* (3). En ce qui concerne ces exceptions, l'*exceptio legis Cinciae* exceptée, il ne peut être rien dit de particulier (4). Il faut seulement noter qu'on partit de la même idée pour permettre au défendeur d'invoquer les sénatusconsultes Velléien, Trébellien et Macédonien, à une époque où vraisemblablement le sénat ne pouvait faire du droit civil (5), mais où il invitait les préteurs à user de leurs pouvoirs, à faire du droit prétorien.

(1) Sur la distinction des moyens de défense *ipso jure* et des exceptions, cf. Cuq, *Instit. jurid.*, 2, 1902, p. 714 et s.

(2) Sur l'*exceptio legis Cinciae*,' Ulpien, 76, *ad Ed.* (*D.*, 35, 2, *ad leg. Falc.*, 46 ; 39,5, *de don.*, 3,19 ; 39,6, *de m. c. don.*, 32 ; 50, 16, *de verb. sign.*, 67, 1) ; Paul, 71, *ad Ed.* (D. 24, 1, *de don. i. v. et u.*, 14 ; *Fr. Vat.*, 298-309) ; Paul, 23 *brev.* (*Fr. Vat.*, 310, 311). — Il n'est rien resté des commentaires relatifs à l'*exceptio legis Plaetoriae*. V. Lenel, *Ed. perpet.*, p. 406, n. 15. Il est seulement fait mention de cette exception dans un texte de Paul, 3, *ad Plaut.*, *D.*, 44, 1, *De except.*, 7, 1.

(3) Lenel, *Ed. perpet.*, p. 406.

(4) V. sur l'*exceptio legis Cinciae*, *suprà*, p. 38 et s. ; sur l'*exceptio legis Furiae de sponsu*, p. 87.

(5) En ce sens, Girard, *Manuel*, p. 55 ; *Grande Encyclopédie*, v. *Sénatusconsulte*. — *Contrà*, Eisele, *Die materielle Grundlage der Exceptio*, p. 95,d'après lequel le sénat aurait cru plus prudent de ne pas poser de règle absolue et s'en serait de préférence rapporté au magistrat qui, selon chaque espèce, se serait assuré de l'opportunité de l'exception. Dans le

Toutes ces *exceptiones legum*, d'origine prétorienne, se présentent à nous comme la simplification naturelle d'actions en restitution, *condictiones* ou *manus injectiones pro judicato*. Elles sont fondées sur cette idée, qui ne fut généralisée que plus tard, que *dolo facit qui petit quod statim redditurus est* (1).

Nous devons toutefois fournir quelques renseignements supplémentaires sur l'*exceptio legis Cinciae* (2). Ce moyen de défense qui pouvait être opposé, tant sous forme d'exception que, le cas échéant, sous forme de réplique et de duplique (3), est désigné par les *Fragm. Vatic.*, 266, comme étant *quasi popularis* (4). Le caractère quasi populaire de l'exception consiste en ce qu'elle pouvait être opposée au donataire non seulement par le donateur, mais aussi par les tiers intéressés, par exemple par les cautions, et peut-être aussi par les tiers acquéreurs. Enfin, vraisemblablement par une atténuation admise sous la procédure formulaire, l'*exceptio legis Cinciae* ne peut être invoquée après la mort du donateur par ses héritiers : *morte Cincia removetur* (5).

même sens, Bekker, *Actionen*, 2, p. 281 ; Krüger, *Proc. Consumtion*, § 5.

(1) Cf. *suprà*, p. 87.

(2) Nous savons déjà qu'à côté de l'*exceptio legis Cinciae* se trouvait une *exceptio in factum*, visée par Paul, *Fr. Vat.*, 310 : *si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*. Sur le champ d'application de cette exception, cf. *suprà*, p. 45, n. 1. V. Eisele, *Die materielle Grundlage der Exceptio*, 1871, p. 86, n. 5 ; Buonamici, *La storia della procedura civile romana*, 1886, 1, p. 203.

(3) Girard. *Manuel*, pp. 930-931.

(4) Ulpien, *Fr. Vat.*, 266. Cette solution, soutenue par les Proculiens, avait été combattue par les Sabiniens ; mais elle était déjà adoptée par le Sabinien Javolenus, *D.*, 39, 5, *De donat.*, 24.

(5) Papinien, *Fr. Vat.*, 259 : *Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi ; non enim mortis*

Il résulte ainsi de notre étude des *leges perfectae, minus quam perfectae* et *imperfectae* que les lois prohibitives romaines évoluèrent toutes dans le sens de la nullité de l'acte, accompli en violation de la loi. La nullité de l'acte, *ipso jure*, qui n'est que l'exception avant l'introduction de la procédure formulaire, devient la règle après la loi Aebutia : les nouvelles lois sont *perfectae*. Quant à celles qui n'avaient pas revêtu ce caractère dès le principe, elles en empruntent les principaux avantages, grâce à l'*exceptio*, qui se substitua rapidement à l'ancienne action en restitution dans tous les cas où elle pouvait être invoquée, et en provoqua parfois la disparition complète.

Aussi Théodose ne fait-il que préciser l'état du droit alors existant, et rompre avec le souvenir d'une ancienne évolution, lorsque, en 439, il déclare frapper de nullité tous les actes contraires aux prescriptions de la loi (1). L'ancienne distinction entre les *leges perfectae, minus quam perfectae* et *perfectae* est alors abolie. *Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres, quam novellas trahi generaliter imperamus : ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat : caeteraque, quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere : hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur : licet*

causa capitur quod aliter donatum est, quoniam morte Cincia removetur. — M. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 587, considère cette règle comme remontant à la loi elle-même. Cependant nous préférons admettre, avec M. Girard, *Manuel*, p. 930, n. 1, qu'il n'y eut là qu'une atténuation admise après coup, par la manière dont elle est invoquée par une réplique de dol opposée à l'exception de l'héritier, quand le donateur n'a pas changé de sentiment, *Fr. Vat.*, 259 (Papinien), 266 (Ulpien), 312 (Dioclétien).

(1) Dans le même sens, à une époque antérieure, le rescrit d'Antonin de l'an 214, *C.* 2, 3, *De pactis*, 6 ; et Ulpien, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 7, 7.

legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est: sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.

TABLE DES MATIÈRES

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).